

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

GISELLE LONGARETTI SOUZA

**ARBITRAMENTO INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL DECORRENTE DE ERRO
MÉDICO: UMA ANÁLISE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**CRICIÚMA
JUNHO 2012**

GISELLE LONGARETTI SOUZA

**ARBITRAMENTO INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL DECORRENTE DE ERRO
MÉDICO: UMA ANÁLISE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Fabrizio Guinzani

**CRICIÚMA
JUNHO 2012**

GISELLE LONGARETTI SOUZA

**ARBITRAMENTO INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL DECORRENTE DE ERRO
MÉDICO: UMA ANÁLISE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC, com Linha de Pesquisa em Análise
Jurisprudencial.

Criciúma-SC, 21 de junho de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fabrizio Guinzani – Esp. - UNESC - Orientador

Prof. Alisson Tomaz Comin – Esp. - UNESC

Prof. Raquel de Souza Felício Prudêncio – Esp. - UNESC

Dedico este trabalho, a todos os meus familiares, em especial aos meus pais e irmãos, bem como meu amado, por estarem sempre ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter segurado em minha mão, me iluminando em todos os momentos de minha vida.

Aos meus pais José Arcangelo e Maria Cristina, que deixaram para trás alguns projetos para dar melhor educação aos seus filhos, obrigado pelo amor incondicional.

Aos meus irmãos, carinhosamente chamados Ste e Tutu, pelas brincadeiras dos últimos dias, quando tudo parecia estar nublado.

Ao meu amado, pelo companheirismo, paciência, compreensão e amor, despendidos em todos esses anos, em especial nesta etapa final de curso.

Ao meu orientador Fabrizio Guinzani, sempre disposto a por em pratica os seus conhecimentos me ajudando a concluir este trabalho.

Por fim, gostaria de agradecer a todos os familiares, amigos e colegas, pelos momentos de alegria.

**“Procure ser um homem de valor, em vez de
ser um homem de sucesso.”**

Arbert Einstein

RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de estudar o direito à reparação resultante de um dano cometido por erro médico, bem como verificará a aplicabilidade do arbitramento indenizatório nas decisões de dano moral frente ao princípio da proporcionalidade. Discutirá o quantum indenizatório, analisando se a parte ativa da relação processual está enriquecendo ilicitamente ou se os valores arbitrados estão sendo irrisórios, satisfazendo ou reparando os danos cometidos. O método de pesquisa escolhido é o dedutivo, do tipo teórico, qualitativo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica (doutrinas, leis e jurisprudências). Buscara ainda elucidar a diferença doutrinária entre princípios e regras, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal. Após, explanará a responsabilidade civil, distinguindo suas espécies e elementos caracterizadores. Por fim, abordará, em casos reais, através da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a quantificação do dano moral. Ao final, as considerações.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Erro médico. Proporcionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS IMPLICAÇÕES NA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 REGRAS E PRINCÍPIOS	11
2.2 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	20
2.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	22
2.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA	23
3 RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL	26
3.1 CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	26
3.2 DIFERENÇAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	27
3.2.1 Teoria do Risco	29
3.3 PRESSUPOSTOS DE CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL..	30
3.3.1 Ação ou omissão.....	31
3.3.2 Conduta humana (dolo ou culpa).....	32
3.3.3 Dano	33
3.3.4 Nexo de causalidade	34
3.4 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	35
3.4.1 Inexistência de dano	36
3.4.2 Inexistência de relação de causalidade.....	36
3.4.3 Cláusula de não indenizar	38
3.5 DANO MATERIAL E DANO MORAL.....	39
3.5.1 Dano material.....	39
3.5.2 Dano moral.....	39
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS AÇÕES DECORRENTES DE ERRO MÉDICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	43
4.1 CONCEITUAÇÃO DO ERRO MÉDICO.....	44
4.2 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	45
4.3 A AUTUAÇÃO DO MÉDICO SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR..	46

4.4 ARBITRAMENTO COMO AUTONOMIA DO MAGISTRADO PARA DEFINIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO	48
4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS AÇÕES DE DANO MORAL EM CASOS DE ERRO MÉDICO NO TRIBUNAL DE SANTA CATARINA, NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2010 À MAIO DE 2012.	50
4.5.1 Acórdãos cujas indenizações ultrapassaram ou ficaram na marca dos cem mil reais.....	50
4.5.2 Acórdãos cujas indenizações foram fixadas abaixo de cem mil reais	53
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	62
ANEXO(S).....	71
ANEXO A - APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.011029-8.....	72
ANEXO B - APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.031338-3.....	73
ANEXO C - APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.058289-5.....	76
ANEXO D - APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.018586-3.....	78
ANEXO E - APELAÇÃO CÍVEL N. 2008.077442-2.....	80
ANEXO F - APELAÇÃO CÍVEL N. 2008.009904-9.....	82
ANEXO G - APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.053398-8.	83
ANEXO H - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.080890-2.....	83
ANEXO I - APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.069339-0.	84
ANEXO J - APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.002422-7.	84
ANEXO K - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.073878-4.....	86
ANEXO L - APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.010497-3.....	87
ANEXO M - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.053466-7.	87
ANEXO N - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.024279-5.....	89

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo realizar um estudo sobre o direito da reparação de um dano cometido por erro médico e verificar a aplicabilidade do arbitramento indenizatório nas decisões de dano moral frente ao princípio da proporcionalidade.

Assim, será discutido o *quantum* indenizatório, analisando se a parte ativa da relação processual está enriquecendo ilicitamente ou se os valores arbitrados estão sendo irrisórios, satisfazendo ou reparando os danos cometidos.

O método de pesquisa foi o dedutivo, em uma pesquisa do tipo teórica, qualitativa. A técnica empregada para o desenvolvimento deste trabalho monográfico foi a pesquisa bibliográfica, com uso de doutrinas, leis e jurisprudências. Para garantir melhor compreensão do tema, o presente trabalho será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo trata de elucidar a diferença doutrinária entre princípios e regras, após aborda-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal.

No segundo capítulo, será estudado a responsabilidade civil, bem como seu processo histórico, distinguindo as espécies de responsabilidade, como também seus elementos ou pressupostos caracterizadores. Além disso, em que momentos a responsabilidade será excluída.

Por fim, será abordado no terceiro capítulo a responsabilidade civil do médico, quando a culpa estará caracterizada. Também será abordado a responsabilidade sob a ótica do direito do consumidor. Nesse momento, será elucidado, em casos reais, através da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a quantificação do dano moral.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS IMPLICAÇÕES NA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 REGRAS E PRINCÍPIOS

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se positivados tanto regras quanto princípios explícitos e implícitos. Por isso o doutrinador Robert Alexy (2008, p 86) explica que a distinção de regras e princípios é uma diferenciação entre duas normas. Bonavides (2006, p 277), adepto aos ensinamentos de Alexy, dispõe que “ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.”.

Canotilho (2003, p 1160), igualmente, leciona que regras e princípios são espécies de normas, tendo diferenças entre elas, tratando da seguinte maneira:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de um *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); (CANOTILHO, 2003, p 1161).

Existem vários critérios para a distinção dessas normas. O primeiro, e mais utilizado, é o da generalidade ou abstração, onde os princípios possuem um alto grau de generalidade, e, as regras, um grau relativamente baixo. (ALEXY, 2008, p 87). Um segundo critério corresponde ao grau de aplicabilidade, isto é, as regras incidem sobre o caso concreto, enquanto que os princípios são imprecisos e indefinidos, necessitando, assim, de interpretação para atuar sobre determinado fato. (JACINTHO, 2006, p 63). Assim:

Enquanto os princípios vão se tornando mais precisos e determinantes à medida que o bem jurídico que ele protege vai se firmando como a solução mais viável no caso concreto, as regras têm um caráter mais funcional, obedecendo a uma lógica do tudo ou nada. Ou bem se aplica uma regra, ou bem se aplica a disposição que lhe é atinômica. (JACINTHO, 2006, p 65)

Dessa forma, “os princípios assumem a característica de serem aplicáveis à medida que vão ganhando o espaço permitido pelas possibilidades fácticas e jurídicas, a regra se caracteriza por ser um comando definitivo”, esta tem

uma linguagem precisa, não tendo o compromisso de expressar generalidades. (JACINTHO, 2006, p 61).

Com relação à distinção, Farias (2000, p 185) leciona:

[...] há pelo menos duas concepções: a que propugna que ela ocorre a nível de *grau*, isto é, que não existe distinção clara entre princípios e regras; e a outra, que defende que a diferença é *qualitativa* entre princípios e regras, ou seja que as normas em si apresentam entre si clara e radical distinção estrutural.

Diante disso, dentre os princípios existe a possibilidade de ponderação, medição dos valores e interesses, ou seja, eles permitem a solução de um determinado caso diferentemente de outro. Já as regras são mais rígidas, “deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos.” (CANOTILHO, 2003, p 1161).

Para José Afonso da Silva (2011, p 91):

A palavra princípio é equivocada. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém um início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é esse sentido que se acha da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoa ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Do mesmo modo Uadi Lammego Bulos (2008, p 387) trata princípio como:

Mandamento nuclear do sistema, alicerce, pedra de toque, disposição fundamental, que espargue sua força por todos os escaninhos do ordenamento. Não comporta enumeração taxativa, mas exemplificativa, porque além de expresse, também por ser implícito. Seu espaço é amplo, abarcando debates ligados à Sociologia, à Antropologia, à Medicina, ao Direito, à Filosofia, e, em particular, à liberdade, à igualdade, à justiça, à paz etc.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p 450 e 451) também leciona:

Princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão

e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no seu eu lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico.

Versando sobre princípios fundamentais Uadi Lammêgo Bulos (2008, p 387) diz que eles estão qualificados como a base o ordenamento jurídico constitucional, eles determinam “o modo e a forma de ser”. Esses “princípios possuem força expansiva, agregando, em torno de si, direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis [...]”.

Crisafulli, clássico constitucionalista explica:

Princípio é com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto, resumem, potencialmente o conteúdo: sejam, pois, a efetivamente postas, sejam ao contrário apenas dedutíveis de um princípio geral que as contém. (1952 apud BONAVIDES, 2006, p 257).

Os princípios são juízos de valor, que podem oferecer soluções para questões distintas, ou mesmo quando não existem regras regulamentando determinado caso. O doutrinador Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p 420) explica:

Oferecem, por vezes, soluções que o direito positivo, constante da sistemática legislativa e do costume, não pode dar, pois a respeito nada diz. São juízos de valor, de expressão da justiça, que iluminam o direito e preexistem, sociológica e racionalmente, à obra legislativa e mesmo costumeira, como produtos da História e da razão, extraídos da natureza das coisas.

Sendo assim, para resolução de um conflito, deve-se levar em consideração a importância do princípio, bem como seu peso a cerca do fato, ao passo que as regras cabem ou não, naquela lide.

2.2 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O doutrinador Alexandre de Moraes (2008, p 30) inicia escrevendo que o povo é quem escolhe seus representantes, e este, por consequência, “decidem os destinos da nação”, porém esse poder político transmitido não é absoluto, ou seja,

possuem limitações, como por exemplo “a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão.”.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p 377) imprescindível a positivação dos direitos do homem:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. [...] sem essa positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Completando o doutrinador acima citado, Gilmar Ferreira Mendes (2008, p 231) explana que os maiores valores dos seres humanos devem estar positivados no ordenamento jurídico supremo, isto é “merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima”. Eles “traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo” (BONAVIDES, 2006, p 563).

Por isso, a presente Constituição Federal estabeleceu em cinco capítulos os direitos e garantias fundamentais, quais sejam, “direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.” (MORAES, 2008, p 31).

A doutrina por sua vez traz uma classificação um pouco distinta. Ela divide esses direitos com base na ordem histórica, chamando de gerações dos direitos fundamentais. (MORAES, 2008, p 31).

Assim, necessário abranger de que forma esses direitos transferiram-se para esfera jurídica.

A primeira geração de direitos tem seu marco com a “queda das monarquias”, no qual se caracterizou pela submissão do rei João Sem Terra aos barões, que se organizaram para “pressionar o rei a assinar uma declaração que previa vários direitos, como a inviolabilidade do domicílio.” (SILVA, 2011, p 16).

Outro marco para individualizar essa geração foi “o advento do Estado Liberal” que buscava resguardar, principalmente, as liberdades individuais. (SILVA, 2011, p 16).

Desta forma, os direitos de primeira geração são aqueles que dizem respeito aos direitos individuais. Paulo Bonavides (2006, p 563) explica melhor:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. [...] São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil.

Os direitos de segunda geração, direitos sociais, foram movidos pela Revolução Industrial (século XIX), devido as condições de trabalho precárias, fizeram com que os trabalhadores “começassem a reivindicar direitos no âmbito trabalhista”, a partir daí “surgiram movimentos populares como a Comuna de Paris”. (SILVA, 2011, p 17).

Após a Primeira Guerra Mundial esses direitos ganham força, e, por conseguinte são positivados na “Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha e a Constituição Mexicana de 1917”. (SILVA, 2011, p 17).

Portanto, os direitos de segunda geração são aqueles que:

Se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. [...] são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. (MENDES, 2008, p 234).

A terceira geração de direitos, segundo Gilmar Ferreira Mendes (2008, p 234):

Peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, as de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui o direito à paz, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

O doutrinador Alexandre de Moraes (2008, p 31) complementa falando que esses direitos são “chamados de solidariedade ou fraternidade”.

Celso de Melo, em Mandando de Segurança, esclareceu resumidamente essas gerações, vejamos:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades

positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexequibilidade. (BRASIL – S, MS 22164 / SP - São Paulo, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 30/10/1995, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

É possível concluir que esses direitos estão em constante mutação evidenciando maior proteção aos cidadãos.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Há grande tendência de proteger cada vez mais a pessoa humana. Conforme esse propósito, a Constituição Federal de 1967 atendeu a dignidade humana como forma principiológica. Mas foi a partir da Constituição Federal de 1988, que ficou expressamente estampado, em nível constitucional, a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo em seu primeiro artigo.

Com isso, a Constituição da Republica Federativa do Brasil, ao fundar normas de direitos e garantias fundamentais, “buscou não só preservar, mas, acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que sempre se poderá extrair o princípio a partir deste amplo rol protetivo.” (MARTINS, 2003, p 52).

Com esse reconhecimento expreso, “o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu” que ele existe em função dos homens, e não opostamente, isto é, a pessoa humana é atividade meio e não atividade estatal fim. (SARLET, 2001, p 103).

De acordo com Flademir Jerônimo Belinati Martins (2003, p 111 e 112), há grande dificuldade de conceituação do princípio da dignidade humana, haja vista que ele não se enquadra em qualquer conteúdo. Ainda, não se pode fixar apenas uma conceituação ao referido princípio no fato, pois, assim, estaria fechando o grande leque de possibilidades protetivas. Portanto, o conceito jurídico é indeterminado, mas essa indeterminação é relativa, posto que, cabe ao intérprete buscar as concepções mais adequas ao caso concreto.

Ainda, de acordo com esse entendimento Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p 105 e 106), explicita que ao longo do tempo mesmo que se tenha buscado, na doutrina e jurisprudência, uma definição do princípio da dignidade humana, seria “inadequado conceitua-lo de maneira fixista”, pois possui uma visão aberta, cabendo, então, a prática constitucional delimitá-la.

O dicionário jurídico trata sobre o tema:

DIGNIDADE: derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a *qualidade moral*, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito que é tida.

Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual de faz merecedor do conceito público.

Dignidade. Mas, em sentido jurídico, também se entende como a *distinção* ou *honraria* conferida a uma pessoa consistente em cargo ou título de alta graduação.

Dignidade. No direito canônico, indica-se *benefício* ou *prerrogativa* decorrente de um cargo eclesiástico. (SILVA, 2010, p 261).

Hoje, a noção de dignidade não está restrita apenas as pessoas possuidores de algum título, mas abarca todas as pessoas humanas, sem distinção de raça, cor, grau de instrução, etc.

A “dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porem é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída.” (NERY JUNIOR, 2010, p 78).

Para Uadi Lammêgo Bulos (2008, p 392):

Quando o texto maior proclama dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independência de credo, raça, cor origem ou status social. [...]. Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem.

A dignidade está agregada na natureza da pessoa humana “como elemento integrante e irrenunciável”, já que existe desde o nascimento, pertencendo a cada um, não podendo ser criado ou retirado. (SARLET, 2001, p 106). Assim, “a dignidade, como (ao menos também) qualidade inerente a cada ser humano, deste não pode ser retirada, perdendo-a apenas quando lhe faltar a vida, sem prejuízo dos – já reconhecidos – efeitos *post mortem* da dignidade.” (SARLET, 2001, p 108).

A dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito, segundo Alexandre de Moraes (2008, p 22) está vinculada em “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas [...]”, estabelecendo, assim, a necessária atenção que merecem, enquanto seres humanos.

Conforme Gorczewski e Reis (2008, p 84) o princípio da dignidade da pessoa humana está no topo da pirâmide da Carta Magna, uma vez que todos os outros princípios fundamentais se ligam a ele, estando em “posição de centralidade”.

Corroborando, Nelson Rosenvald (2005, p 8) explana que a dignidade vem antes mesmo do direito, já que

é um atributo de qualquer pessoa – como valor ético, enquanto o direito resulta de circunstância e posicionamentos diferentes. A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico, como protagonista, tanto no âmbito do direito público como no privado, repelindo qualquer atentado provenientes de outras pessoas e dos poderes públicos.

José Afonso da Silva entende ser o valor supremo, estando presente desde o direito a vida, englobando todos os direitos fundamentais. Deve dar a tal princípio um “amplo sentido normativo-constitucional”, incluindo, além dos direitos pessoais, os direitos sociais (2011, p 105). Ainda abrange aspectos coletivos, públicos, difusos, individuais homogêneos, direitos econômicos, educacionais e culturais (BULOS, 2008, p 392).

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deixou expressa a dignidade somente em seu artigo 1º, III, mas também em diversas outras passagens, veja-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 7º - Fundado nos **princípios da dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, **defendendo sua dignidade** e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (grifou-se) (BRASIL – A, 2011).

Dessa forma, o doutrinador Sérgio Ferraz (1991, p 20) explica:

[...] o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social: ele significa, pois, que a cada um é reconhecido o direito de viver livremente, em harmonia com todo o social, com a certeza de que suas virtualidades poderão expandir-se e concretizar-se, num concerto coletivo a todos benéfico.

A dignidade é propiciar a pessoa humana mínimos de existência, proporcionando o direito ao respeito a atentados que venham ocorrer perante sua personalidade. É assegurar mais que o patamar mínimo, fazendo com que todos os direitos e garantias fundamentais sejam efetivados, respeitando-a sempre. Isso não acontecerá enquanto há multidões de pessoas expostas à falta de moradia, fome, saneamento e saúde, etc. (ROSENVALD, 2005, p 38).

Ainda, conforme Nelson Rosenvald (2005, p 38) tanto a dignidade formal quanto a material devem ser concretizadas, “a fim de evitar que o miserável se torne apenas formalmente digno diante do abastado, pois o objetivo da Constituição não foi apenas conferir mero direito subjetivo à dignidade, mas conceder-lhe concretude.”. A dignidade material está ligada ao pleno acesso há condições satisfatórias pessoais e também sociais.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet doutrina:

Para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como monumento de sua própria, autônoma e responsável individualidade. [...]. Para além disso, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário [...] (2001, p 109 e 110)

Em resumo, entende que o princípio da dignidade humana não pode ter definição fixa, pois se fosse, estaria dando a ele somente algumas formas de interpretação ao caso concreto. O que mais interessa é que ele está acima de todo o ordenamento jurídico, um valor supremo. Dele deriva todos os demais princípios fundamentais, como por exemplo, o da igualdade, integridade física e psíquica. É preciso dar a qualquer pessoa humana condições de uma vida digna.

2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade é um princípio antigo, cuja aplicação se dava ao Direito Administrativo, fruto da passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito. No fim do século XX, o emprego tem-se dado ao Direito Constitucional. Porém, ocorre que:

Enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos a advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: um, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. (BONAVIDES, p 398)

Humberto Ávila (2011, p 173) entende a proporcionalidade como postulado, serve, cada vez mais, “como instrumento de controle dos atos do Poder Público.”.

Na mesma linha, Luíz Virgílio Afonso da Silva (2002, p 24) dispõe:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.

O emprego dessa regra tem gerado vários problemas. Um deles diz respeito à aplicação. A origem tem fundamento na própria palavra proporção, ocorre em todo direito, sem critérios e limites. “No direito processual manipula-se a ideia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato

processual.” (ÁVILA, 2011, p 173). Também, trata de avaliar a amplitude do gravame, de vantagens e desvantagens, de ganhos e perdas, etc.

Ávila, explica que a ideia de proporção não pode ser confundida com postulado da proporcionalidade. O postulado é aplicável somente em situações de relação de causalidade, entre um meio e um fim, fundados no exame dos elementos:

[...] o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (2011, p 173).

Igualmente, Paulo Bonavides (2006, p 396) caracteriza a proporcionalidade em três elementos: o primeiro corresponde a adequação do meio ao fim que busca alcançar. O segundo é a necessidade, “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”. O terceiro elemento está na proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, qual o meio mais apropriado para o caso específico, levando em consideração “o conjunto de interesses em jogo”.

Complementando, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 214) assim pontua:

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade, é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.

Portanto, a aplicabilidade da proporcionalidade como postulado depende desse “caráter trifásico” (ÁVILA, 2011, p 174), isto é, sem relação de causalidade, entre um meio e um fim não há aplicação no caso concreto.

Ainda, conforme Humberto Ávila (2011, p 174), existe um segundo problema, o seu funcionamento, ou seja, é preciso analisar, investigar, examinar cada um dos três elementos para aplicação da proporcionalidade. Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p 34) eles não podem ser analisados por qualquer

ordem, isto significa que a “*adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*.”.

Portanto, proporcional é fazer com que ninguém, em âmbito de direito fundamentais, seja prejudicado, isto é, que o caso concreto não tome dimensões desproporcionais. (SILVA, 2002, p 24).

2.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Nos últimos tempos tem-se aplicado erroneamente o termo razoabilidade como sinônimo da proporcionalidade, tanto em trabalhos como em decisões judiciais. Assim, a proporcionalidade e a razoabilidade se diferenciam pela origem e também pela estrutura (SILVA, 2002, p 29). Mas, ambos os princípios tem aplicação, controle e limitação do Poder Público, por isso a grande semelhança de ambos (CRISTÓVAM, 2006, p 195).

Desta forma leciona Luiz Virgílio Afonso da Silva (2002, p 28):

[...] quando se fala, em um discurso jurídico, em *princípio da razoabilidade* ou em *princípio* ou *regra da proporcionalidade*, é evidente que os termos são revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas.

A razoabilidade é utilizada em vários sentidos, com várias finalidades. (ÁVILA, 2011, p 164). Por isso, não podemos ter em mente somente um conceito desse princípio, pois se assim fosse, estaria engessado a uma única interpretação, deixando de sofrer transformações, alterações conforme as modificações da sociedade. Assim, “a razoabilidade é uma máxima naturalmente vaga e imprecisa, um termo jurídico aberto.” (CRISTÓVAM 2006, p 203 e 204).

O doutrinador Luiz Roberto Barroso, citado por Cristóvam conceitua:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de um dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um dado momento ou lugar. (2006, p 201).

De acordo com José Sergio da Silva Cristóvam (2006, p 195 e 196) a razoabilidade exige, nos atos estatais, a adequação entre meios e fins, correspondente ao primeiro nível que compõe a proporcionalidade, ou seja, a adequação.

Da mesma forma Rodrigo Alache Cordeiro (2006, p 70) entende ser a adequação, subprincípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade.

2.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA

Tem origem no Direito inglês, na Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra, a ideia do devido processo legal. Nesse documento existia a expressão de que nenhum homem seria privado de sua liberdade ou propriedade. (MELLO, 2006, p 104) Tendo mais tarde a expressão *due processo of law*, modelo estadunidense que expandiu para todo o mundo. (BULOS, 2008, 527).

O princípio do devido processo legal limita a ação dos Poderes Públicos, independente da esfera política, está descrito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL – A, 2011).

Este princípio abrange, no Brasil, não somente a liberdade e a propriedade, conforme dispõe o artigo supra, mas também a inviolabilidade à vida, a privacidade, o direito de locomoção, a legalidade, a propriedade, englobando tanto bens corpóreos quanto incorpóreos.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2008, p 526), o devido processo legal é um sobre princípio, no sentido de estar acima de todos os demais. “Por seu intermédio, a toda pessoa deverá ser concedido o que lhe é devido.”. Seu funcionamento pode ser verificado quando há litígio entre interesses públicos e interesses privados.

Nelson Nery Junior (2010, p 79), igualmente ao autor acima citado, entende que esse princípio serve de base para todos os outros princípios e regras.

No entendimento de José Afonso da Silva, o devido processo legal tem fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição (2011, p 431), e é uma garantia constitucional individual designada a assegurar “o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos [...]” (2011, p 420 e 421). Dessa forma, ele está ligado a todos os ramos do direito. (NERY JUNIOR (2010, p 84).

Ivo Dantas (2011, p 347) explica que:

O princípio deverá ter aplicação imperativa, desde o momento da produção da norma, ou seja, desde o procedimento legislativo, o que significa dizer que nenhuma norma poderá ser criada senão em obediência ao conteúdo e aos procedimentos constitucionalmente determinados.

É necessário, segundo Uadi Lammêgo Bulos (2008, p 528), fazer a divisão do devido processo legal em material e formal.

O primeiro está presente em todos os ramos do Direito, como forma de inspiração para interpretação das liberdades fundamentais. No direito privado, pode ser visto nas questões cíveis e comerciais, onde as partes usam da autonomia da vontade e liberdade contratual para prática de atos jurídicos. No direito público, no “controle dos atos administrativos pelo Judiciário, no poder de polícia, no vetor da legalidade etc.” (BULOS, 2008, 528).

O segundo é efetivamente o que pensamos, ou seja, o acesso a Justiça, que deriva da pessoa humana reivindicar seus direitos no Poder Judiciário. Nas palavras de Bulos (2008, p 528), envolve:

(i) o direito de ingressar em juízo para tomar conhecimento do teor de uma acusação; (ii) o exame imparcial de litígios pelo Judiciário; (iii) o direito de sustentação oral nos tribunais; (iv) a certeza da aplicação do contraditório e da igualdade das partes; (v) o direito de notificação prévia nos procedimentos administrativos e judiciais; (vi) a proibição de medidas abusivas e ilegais, contrárias às liberdades públicas; (vii) o privilégio contra a auto incriminação; e (viii) a preservação de todas as garantias que instrumentalizam direitos, a exemplo do mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e ações coletivas.

Após distinção, é imprescindível esclarecer que o rol acima citado é exemplificativo, no sentido de haver outros direitos nele estampados, visto que o devido processo legal é uma garantia inominada, pois dele decorrem vários outros

princípios como, por exemplo: os princípios da isonomia, da inafastabilidade da jurisdição, do duplo grau de jurisdição, da razoabilidade, do juiz e do promotor natural, do contraditório e da ampla defesa, proibição da prova ilícita, motivação das decisões, publicidade, razoável duração do processo, presunção de inocência. (BULOS, 2008, p 529).

Além disso, Alexandre de Moraes (2008, p 105), diferentemente do entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, dispõe que:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa.

Ora, nos parece que o doutrinador Alexandre de Moraes, vê o princípio do devido processo legal somente para o direito processual legal, pois a plenitude de defesa é um princípio constitucional do Tribunal do Júri. Mas os casos cíveis também são passíveis da garantia de tal princípio.

Desta forma, de todo exposto, os princípios acima elencados são garantias constitucionais que visam dar o melhor desfecho para os processos, independentemente quais sejam eles.

Nesse sentido, o próximo capítulo passará a estudar a responsabilidade civil de forma geral, já adentrando ao tema proposto.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

3.1 CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de adentrarmos na conceituação da responsabilidade civil, é interessante fazer um breve histórico desse instituto.

Nos tempos remotos a responsabilidade era tratada como vingança. Aquela pessoa cujo mal lhe foi auferido, tinha a possibilidade, com suas próprias forças, de fazer justiça. Posteriormente, no direito romano, havia o instituto da reparação nos casos de ofensa às pessoas. De acordo com Arnaldo Rizzardo (2007, p 34) na revolução industrial, com a exploração e injustiças dos homens, houve um aprofundamento na teoria da responsabilidade, surgindo, então, a questão da responsabilidade objetiva.

A conceituação está atrelada a noção de sermos responsáveis pelos fatos decorrentes de nossas condutas. Quando praticada uma atividade danosa a outrem, violando um bem jurídico, temos a obrigação de reparação. Esta deve proporcionar ao lesado, pessoa ou coisa, o mesmo estado em que se encontrava, ou ao menos, a compensação em pecúnia.

Responsabilidade destina a restauração do equilíbrio violado, seja moral ou patrimonial. Ela manifesta a reparação de um dano. (GONÇALVES, 2011, p 19). Nesse sentido os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2007, p 9) conceituam a responsabilidade civil como “[...]atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).”.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2010, p 266) “a responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último.”.

Dessa forma, qualquer ação humana pode ocasionar em reparação, ou seja, dever de indenizar. Venosa (2007, p 1) explica com suas palavras:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

Igualmente, Silvio Rodrigues (2003, p 6) define “como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.”.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2005, p 40) diz que

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por quem ela mesma responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Em suma, a responsabilidade civil tem como fundamento o alcance de uma indenização de reparação.

3.2 DIFERENÇAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Existem duas espécies de responsabilidade civil, a subjetiva e a objetiva, que serão objetos do presente tópico.

O doutrinador Silvio Rodrigues (2003, p 11), entende não haver essas espécies, mas duas maneiras para reparação do dano.

A subjetiva está diretamente ligada a questão do agente que praticou o ato ilícito, “fez algo que não deveria ter feito”, enquanto a responsabilidade objetiva se verifica o fato jurídico causador da responsabilidade, “fez só o que deveria fazer”. (COELHO, 2010, p 269).

Rodrigues (2003, p 11) diz ser subjetiva quando atrelada a culpa e objetiva sustentada a teoria do risco.

Assim, para fundamentação da responsabilidade, a culpa pode ou não ser o elemento para a reparação do dano. Segundo Gonçalves, na teoria clássica, a culpa era o fundamento para a caracterização da responsabilidade, também chamada de subjetiva. (GONÇALVES, 2011, p 48).

Sob este enfoque, tem como fundamento a responsabilidade civil subjetiva a vontade, isto é, agir de forma negligente, quando necessitaria ser cuidadoso, imperito, quando dependeria de sua habilidade, imprudente, porque se exigia cautela. Sua conduta foi diversa do esperado. (COELHO, 2010, p 271).

Ao contrário disso, o fundamento da responsabilidade objetiva está atrelado a ideia de o sujeito ter obrigação de reparação sem a presença de culpa. O devedor aqui irá responder “por ato lícito. Sua conduta não é contrária ao direito.” (COELHO, 2010, p 271 e 272). Coelho (2010, p 276) resume o fundamento como a “socialização de custos.”.

Na conceituação da responsabilidade subjetiva Gonçalves (2011, p 48) encontra amparo na ideia de culpa. Ela é pressuposto necessário para indenização, configurando exclusivamente se o sujeito agiu com dolo ou culpa. É indispensável, para que surta a obrigação de indenização, a comprovação da culpa, “pois depende do comportamento do sujeito.” (RODRIGUES, 2003, p 11).

Com o mesmo entendimento, Rizzardo (2007, p 29) diz ser somente imputável “aquele que praticou o fato culposos possível de ser evitado.” Nesse sentido se o agente não podia prever ou não pretendeu causar dano, agindo com devido cuidado, não há que se falar em responsabilidade subjetiva.

Para Fabio Ulhoa Coelho (2001, p 311) “é a obrigação derivada de ato ilícito. O sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta e o prejudicado, o credor.”.

Versando ainda na espécie subjetiva Maria Helena Diniz (2005, p 129) explica que a “responsabilidade civil, se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar.”.

Contudo, verifica que a presença da culpa nem sempre abrange todos os casos que necessitam de reparação. Deixa de haver soluções para vários casos e por consequência à exclusão de várias situações jurídicas dos quais deveriam ser resolvidas. (RIZZARDO, 2007, p 30).

Portanto, em alguns casos a lei poderá estabelecer a reparação de um determinado dano sem a presença do elemento culpa, sendo esta presumida. Isso ocorre quando presente o dano, cumulado com o nexo de causalidade, nesse caso diz-se que a responsabilidade é objetiva. Tem como postulado a indenização, ou seja, o dano deve ser reparado por aquele que o praticou (GONÇALVES, 2011, p 48).

Na responsabilidade objetiva o dolo ou culpa não possuem relevância, deve existir aqui, “relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente” (RODRIGUES, 2003, p 11). Igualmente Gonçalves (2011, p 48),

esclarece que o autor da ação é quem deve provar “a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu”.

Gaburri, Hironaka e Araújo (2008, p 65) ensinam que todos os requisitos para a caracterização da responsabilidade subjetiva devem estar presentes na objetiva, porém, com exceção do elemento culpa.

Para o doutrinador Gonçalves (2011, p 49), a justificação da responsabilidade objetiva é o deslocamento da culpa para o risco, isto é, “toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.”.

Nessa mesma linha Diniz (2005, p 129) responde

se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.

Contribuindo com o assunto, Miguel Kfoury Neto (2010, p 66) afirma ser presumida a responsabilidade civil objetiva:

A responsabilidade objetiva é presumida e, nela, não se cogita de culpa, por isso transfere-se ao causador do dano o ônus de provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, circunstâncias que arredam o nexo de causalidade, visando a eximir-se da obrigação de indenizar.

É irrelevante a presença da culpa, pois, se tornaria inviável a indenização quando necessita de comprovação, para a parte mais vulnerável do litígio. (VENOSA, 2005, p 19).

Para elucidar a responsabilidade civil objetiva, é indispensável trazer a baila um breve comentário sobre a teoria do risco.

3.2.1 Teoria do Risco

Segundo essa teoria toda pessoa que cria um risco de dano fica obrigado a reparar. Conforme Hélio Apoliano Cardoso (2004, p 37) a teoria do risco nasceu para garantir a ordem social, isto é promover a reparação de qualquer dano.

De acordo com o doutrinador Silvio Rodrigues (2003, p 11):

Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, este tem direito de ser indenizada por aquele.

Também pode-se afirmar que a teoria é “toda ação, gerando risco para terceiros, faz com que o agente responda por eventuais danos, independentemente de culpa.” (KFOURI NETO, 2010, p 66).

Conclui-se, então, que a teoria do risco, por obrigar a reparação do dano causado, alcança o fundamento da responsabilidade objetiva.

3.3 PRESSUPOSTOS DE CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Aceitável também chamar os pressupostos como elementos de caracterização.

Na posição de Fabio Ulhoa Coelho os elementos das responsabilidades subjetiva e objetiva devem ser separados, apesar de serem relativamente iguais. Para o autor na responsabilidade subjetiva devem estar presentes, concomitantemente, os pressupostos: conduta culposa (dolo ou culpa); o dano patrimonial ou extrapatrimonial; e a relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano. Enquanto que na objetiva o dano e a relação de causalidade. (2010, p 270).

No mesmo sentido, mas sem a diferenciação de cada espécie da responsabilidade, Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 28) explicam que “podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) o nexo de causalidade.”.

Complementando, com os demais autores, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 53), afirma: “[...] quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.”

Diante disso, passamos a análise de cada um desses elementos.

3.3.1 Ação ou omissão

Inicialmente, é importante salientar que responsabilidade civil somente irá surgir quando houver uma conduta humana, culposa ou não.

A ação ou omissão resumisse em ato humano, próprio ou “de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.” (GONÇALVES, 2011, p 53).

Para Maria Helena Diniz (2003, p. 39 e 40) ação é conceituada:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comisso ou omissio, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que acuse dano a outrem, gerando o dever e satisfazer os direitos do lesado. A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos.

Explicando melhor conduta comissiva e conduta omissiva, Roberto Senise Lisboa (2004, p 485) elucida. A primeira “é o comportamento consistente na realização de ato que acaba por ser danoso. Conduta omissiva ou negativa é a inatividade ou o comportamento consistente em se abster de fazer determinada coisa.”.

Nesse mesmo patamar, Silvio Rodrigues (2003, p 19) ao comentar sobre o pressuposto culpa, dispõe:

A indenização pode derivar de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude de devia tomar.

Desta forma, o ato voluntário, ensejador da responsabilidade civil, é revestido de ilicitude, refere-se na infração de um dever. Na responsabilidade subjetiva, se verifica, justamente, em a “conduta que constitui o ato ilícito. [...] Na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa.” (VENOSA, 2007, p 21-22).

Esclarecendo melhor, os ensinamentos de Gonçalves (2011, p 53), a responsabilidade por ato próprio pode ser um ato calunioso, injurioso, ou mesmo

uma cobrança indevida. Por ato de terceiro, pode ocorrer nos casos em que o empregador responde por seus funcionários. E, por fim, os “danos causados por animais e coisas que estejam sob guarda do agente”, independe de culpa, por conta disso a responsabilidade é objetiva.

Silvio Rodrigues (2003, p 14), igualmente distingue as ações por atos próprios, de terceiro.

A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação pessoal, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo. [...] a por ato de terceiro ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele.

Contribuindo, Arnaldo Rizzardo (2007, p 29) descreve que ato jurídico respeita o direito de outrem, já o ato ilícito é decorrente de uma conduta anti-social do indivíduo, ou seja, é lesivo ao direito alheio, no qual provoca um dano.

Finalizando, constata-se que a ação ou omissão, dão origem à indenização, mas como veremos adiante, devem estar presentes outros requisitos.

3.3.2 Conduta humana (dolo ou culpa)

O segundo pressuposto da caracterização da responsabilidade civil para reparação de um dano está ligado a culpa ou dolo do agente que o causou. Mas como já vimos anteriormente, há casos em que a culpa torna-se presumida.

De Plácido e Silva (2010, p. 227), contribui para formação do conceito de culpa: “Derivado do latim *culpa* (falta, erro cometido por inadvertência ou imprudência), é compreendido como a falta cometida contra o dever, por ação ou por omissão, procedida de ignorância ou negligência.”.

“Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar.” (VENOSA, 2007, p 22).

Gonçalves (2011, p 53) explica que “o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.”.

Versando sobre o assunto Silvio Rodrigues (2003, p16) descreve:

O dolo ou resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente. Ele desejava causar dano e seu comportamento realmente o causou. Em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para ela.

Mas faz-se necessário a comprovação, por parte da vítima, que o agente causador do dano agiu de forma dolosa, ou no mínimo culposamente. Entretanto, em algumas situações, o encargo de provar culpa torna-se impossível, e consequentemente, difícil, também, alcançar a desejada indenização. Por isso, que o sistema brasileiro tem admitido em alguns casos responsabilidade sem culpa. (RODRIGUES, 2003, p 17).

Portanto, quando se trata de responsabilidade subjetiva deve a vítima provar o dolo ou a culpa, para obtenção da reparação, entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro abrange os casos de culpa presumida, que resume na responsabilidade objetiva. (GONÇALVES, 2011, p 53).

Pode-se concluir que para fins de indenização, não mais importante a distinção de dolo ou culpa para graduação do *quantum* indenizatório, pois, o que deve ser levado em conta é o efetivo prejuízo pressentido pela vítima. (VENOSA, 2007, p 23).

3.3.3 Dano

Nesse ponto do trabalho, demonstra-se que todos os pressupostos/ elementos da responsabilidade civil estão interligados entre si, com exceção da culpa, conforme abordamos no item anterior.

Dano significa prejuízo. Pode ser coletivo ou individual, material ou moral. (VENOSA, 2007, p 31).

Para o doutrinador Lisboa (2004, p 478) “dano é o prejuízo sofrido por uma pessoa.”. O autor ensina que pode ser patrimonial, chamado também de material, conforme outros autores, ou extrapatrimonial, chamado também de moral. Ele será patrimonial, quando a vítima perdeu bens em virtude do dano ou deixou de ganhar. E extrapatrimonial, se foram infringidos os sentimentos, ou seja, os valores éticos e morais.

O dano é a “violação de um dever jurídico”, podendo ser material ou moral. E “sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente.” (GONÇALVES, 2011, p 54).

Maria Helena Diniz (2003, p 58), na mesma linha, esclarece que somente se pensa em responsabilidade quando houver dano a um bem jurídico à reparar, indispensável será sua prova. Ela define “como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”.

Mas, deve-se ter em mente que, “somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano.” (VENOSA, 2007, p 31). Ou ainda, nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2007, p 15): “não haverá ato punível para efeitos da responsabilidade civil, sem o dano causado.”.

Ainda, segundo Silvio de Salvo Venosa (2003, p 28):

o dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio os danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportando pela vítima.

Em suma, o dano é o elemento principal para devida indenização, seja ele moral ou material.

3.3.4 Nexo de causalidade

Para Lisboa (2004, p 480) “nexo de causalidade é a relação entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.”.

Igualmente, Silvio Rodrigues (2003, p 14) explana no sentido de haver prova da “relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima.”. Essa relação deve ser adequada e suficiente, para que ocorra o evento danoso.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p 54) explica:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. [...]. Sem ela não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

Contribuindo, Maria Helena Diniz (2003, p 100), diz ser indispensável a relação entre o ação e o dano, desta forma elucida:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

Esclarecendo melhor os ensinamentos de Diniz, podemos destacar o seguinte exemplo: um carro descontrolado bate na vitrine de uma loja quebrando a vidraça. O dano acontecerá se as roupas foram furtadas, pois a loja estava sem proteção contra furtos.

Também, vale lembrar, nunca será dispensada a prova do nexo causal, isto é, “liame que liga a conduta do agente ao dano.” Nem mesmo na responsabilidade objetiva que se isenta a prova da culpa. (VENOSA, 2005, p 53).

Conforme exposto o nexo de causalidade deve estar presente em todas as responsabilidades, pois sem ele, impossível será a indenização do dano.

Veremos a seguir causas que excluem a responsabilidade civil.

3.4 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já vimos anteriormente, a vítima, autor da ação de reparação, é quem deve provar os elementos constitutivos da responsabilidade civil. Porém o demandado, parte passiva, pode contrastar a pretensão alegando excludente de responsabilidade, cujo objeto do presente item.

As causas excludentes de responsabilidade são atos que decorrem um prejuízo, mas não constituem ato ilícito, desobrigando o causador do dano, o dever de indenizar. São hipóteses que legitimam a conduta humana, mesmo comprovado o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo lesado. (RIZZARDO, 2007, p 81)

Corroborando, Silvio Rodrigues (2003, p 164), diz que “na maioria das hipóteses a presença de um excludente de responsabilidade atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou extinguir a relação de causalidade.”.

Conforme o doutrinador, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p 398), são três as suposições de excludentes para ambas as responsabilidades, quais sejam, “a inexistência de dano ou da relação de causalidade e a cláusula de não indenizar.”.

Faz-se mister explicar as causas excludentes de responsabilidade.

3.4.1 Inexistência de dano

Quanto a inexistência de dano, Coelho (2010, p 398-399), esclarece que não há vínculo obrigacional quando não comprovado o dano, ainda que moral. A prova cabe a vítima, devendo apresentar testemunhas, perícias, documentos do prejuízo acometido. No caso de dano moral, a prova torna-se dificultosa, “por ser inacessível a intimidade emocional” da vítima. Agora, se o demandado alegar a inexistência do dano, é seu o ônus de demonstrar esse fato. Nas palavras do autor:

O dano e sua extensão devem ser provados pela vítima, tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva como na objetiva. A regra também se aplica nos danos morais, que não devem ser presumidos em nenhum caso. Se o demandado alegar inexistência do dano ou questionar a extensão pretendida pela vítima, é dele o ônus de provar os fatos correspondentes. (COELHO, 2010, p 400).

3.4.2 Inexistência de relação de causalidade

A relação de causalidade, conforme já exposta, é a relação entre a conduta do agente provocador e o dano experimentado pela vítima, portanto, “quando o dano sofrido pelo demandante não foi causado pelo demandado, não há direito à indenização.” Desse elemento, existe três hipóteses de exclusão: caso fortuito ou força maior, culpa de terceiro e culpa exclusiva da vítima. (COELHO, 2010, p 400-401).

O primeiro caso se dá quando não existe culpa de ninguém. “Caracteriza-se por sua imprevisibilidade ou inevitabilidade.” (COELHO, 2010, p 402).

Contribuindo, Arnaldo Rizzardo (2007, p 91) “considera a força maior ou o caso fortuito o acontecimento, previsível ou não, que causa danos e cujas consequências são inevitáveis.”.

São dois tipos, quais sejam, os que derivam da natureza, e os resultam em atos humanos não culposos, como por exemplo, a produção em massa. (COELHO, 2010, p 402).

Fabio Ulhoa Coelho (2010, p 402) explica melhor:

O fortuito é todo evento desencadeador de danos não originado pela culpa de alguém. Pode referir-se a fatos da natureza (enchentes, queda de raio, terremoto) ou humanos (produção em massa, prestação de serviços empresariais). [...]. O fortuito natural ou humano é sempre excludente da responsabilidade civil subjetiva, porque descaracteriza a relação de causalidade entre o dano do credor e a conduta culposa do devedor. Quando objetiva a responsabilidade, porém, apenas o fortuito natural descaracteriza a relação de causalidade.

Quanto a culpa de terceiro esta “desfaz o liame de causalidade entre a conduta do devedor (culposa ou não) e os danos cuja indenização se pleiteia”, quando o fato é inevitável. (COELHO, 2010, p 405). Rodrigues (2003, p 173) defende a tese de o fato de terceiro ser comparado com o caso fortuito ou força maior, pois é imprevisível e irresistível.

Ainda, é causa excludente de responsabilidade se decorre da culpa da vítima. Arnaldo Rizzardo (2007, p 103), comenta que a conduta da vítima “desencadeia a lesão, ou se constitui no fato gerador do evento danoso, sem qualquer participação de terceiros, ou das pessoas com a qual convive e está subordinada.”.

A culpa da vítima deve ser exclusiva ou concorrente (RODRIGUES, 2003, p 165), isto é, se ambos os demandantes agiram de forma para o cometimento do dano, é cabível a indenização, porém, será reduzida “proporcionalmente ao grau de sua culpa”. (COELHO, 2010, p 408).

O artigo 945 do Código Civil de 2002 (BRASIL – B, 2012), expressa: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”.

Desta forma descreve o doutrinador Silvio Rodrigues (2003, p 166):

Casos há, entretanto, em que existe culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano. Nessas hipóteses o evento danoso decorreu tanto do comportamento culposos daquela, quanto do comportamento culposos deste. Por conseguinte, se houver algo a indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa.

Ao contrário disso, “se provado que o dano decorreu de culpa exclusiva da vítima, descaracteriza-se a relação de causalidade entre ele e a conduta ou atividade do demandado. Exclui-se, em decorrência, a responsabilidade deste.” (COELHO, 2010, p 408).

Diante disso, quando exclusiva da vítima, “o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado.” (RODRIGUES, 2003, p 165).

3.4.3 Cláusula de não indenizar

Isso ocorre quando credor e devedor estão ligados a um negócio jurídico, mesmo que nulo, continua existindo a obrigação de indenizar. Todavia, as partes, em comum acordo, podem “estabelecer que determinados danos não serão indenizados, ou o serão dentro de um limite.” Essa cláusula deve estar expressa, ela é decorrente de um contrato. Segundo o doutrinador Fabio Ulhoa Coelho (2010, p 409) nos casos que envolvam relação de consumo com pessoa física a clausula torna-se nula.

Silvio Rodrigues (2003, p 179) conceitua:

A cláusula de não indenizar é aquela estipulação através da qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por este experimentado, resultante na inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante.

Para tal cláusula ter validade, indispensável à aceitação de ambas as partes, sendo “ineficaz declaração unilateral de vontade sem anuência da outra parte”. Essa limitação convencional, ou seja, a cláusula de não indenizar, não poderá dispensar o dolo do estipulante e, além disso, somente “seria eficaz se correspondesse a uma vantagem paralela em benefício do outro contraente”. (DINIZ, 2005, p. 116-117).

3.5 DANO MATERIAL E DANO MORAL

Já abordamos no presente trabalho o dano, pressuposto da responsabilidade civil. Agora o objeto de estudo será a caracterização do dano material e moral.

3.5.1 Dano material

Dano material vincula a noção de patrimônio. Por patrimônio Maria Helena Diniz (2005, p 70) entende ser “uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e com tal intangível.”.

Portanto, dano patrimonial trata-se de interesse econômico, estará consumado “com o fato que impediu a satisfação da necessidade econômica.” (RIZZARDO, 2007, p 17).

Conforme Venosa (2007, p 35) o dano material “é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição de dinheiro, denominador comum da indenização.”.

O dano material ou patrimonial é a lesão afetada ao patrimônio, incide na deterioração ou perda, parcial ou total, dos bens que lhe pertencem. Há possibilidade, neste tipo de dano, a mensuração pecuniária, isto é, possível medir o tamanho do dano (DINIZ, 2005, p 70).

De acordo com Diniz (2005, p 70) “mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão.”.

A reparação do dano material se dá pela “restauração do *statu quo* aletrado pela lesão.” Ou ainda, por indenização em dinheiro.

Após essa breve análise do dano material, passamos ao instituto do dano moral, objeto da presente monografia.

3.5.2 Dano moral

O dano moral surgiu muito antes do Direito Romano, se tem notícia que ele nasceu no Código de Hamurabi (1686 -1750 a.C.), pois haviam dispositivos

contendo a reparação dos chamados danos morais. A reparação dava-se através da vingança. (SILVA, 2005, p 64). No Código de Manu, a codificação mais antiga da Índia, existia dispositivos que previam “a reparação por danos essencialmente morais”, como por exemplo, arbitramento de multas pesadas aqueles que dessem em casamento uma mulher “com defeitos”, caso o pretendente não estivesse prevenido quanto a isso. (SILVA, 2005, p 66).

No Brasil em 1830, no Código Criminal não explicitava a reparação do dano moral, mas quando havia responsabilidade delitual, a indenização deveria ser completa, e em caso de dúvidas seria aplicada em favor do ofendido. (SILVA, 2005, p 152).

Hoje, o dano moral encontra-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso X, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL – A, 2012).

Verifica-se que na interpretação literal do inciso acima citado, somente poderá ser indenizável o dano moral quando violado a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Mas como a interpretação do direito deve ser com relação a todo ordenamento jurídico, casos não elencados na lei poderão ser objeto de dano moral.

Segundo o doutrinador Antônio Jeová Santos (2003, p 66) com relação a interpretação do dano, aduz que:

[...] A cosmovisão do dano moral abarca o ser humano em seu todo, em sua integralidade. Diferentemente do direito italiano, no Brasil não é aceitável entendimento que considere que somente nos casos claramente especificados na lei (ou na própria Constituição), é que haverá dano moral, como se fosse considerada uma verdadeira tipicidade no direito civil.

Desta forma, necessária é a conceituação do dano moral.

Conforme Silva apud Medeiros (2005, p 38) considera-se dano moral “todo sofrimento humano, resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico”.

“Dano moral vem ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”, ferindo sua integridade corporal ou psíquica no caso de pessoa física (DINIZ, 2005, p 91).

De acordo com Maria Helena Diniz (2005, p 92), o direito busca reparar a “privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.” Como, por exemplo, as despesas com seu tratamento, ou ao prejuízo causado pela incapacidade para o trabalho, chamado de prejuízo patrimonial.

Em contrapartida, o doutrinador Silvio Rodrigues (2003, p 190) declara que em face de dano moral não se pode falar em prejuízo patrimonial como leciona Maria Helena Diniz. Para Rodrigues o dano “ocorre quando se trata apenas da reparação da dor causada a vítima, sem reflexo em seu patrimônio.”.

Arnaldo Rizzardo (2007, p 17) declara haver dois elementos para configuração do dano moral, ou seja, o dano propriamente dito e a não diminuição patrimonial. Ele atinge valores “espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação, a beleza etc.”.

Desta forma, “será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso.” (VENOSA, 2007, p 39).

Indo mais além, Silvio de Salvo Venosa comenta que por ser um prejuízo no campo dos direitos da personalidade, ele se torna imponderável, isto é, difícil sua mensuração (2007, p 38-39), ou impossível fazer “rigorosa avaliação em dinheiro, como anseia Silvio Rodrigues (2003, p 191). Incumbe, então, ao magistrado, julgador do caso concreto, fazer análise da reparação, levando em consideração “o pulsar da sociedade que o cerca.” (VENOSA, 2007, p 38-39)

A moral, por ser imaterial, difícil é sua prova. Não há como medir uma situação de dor ou desconforto, todavia, em várias situações exigir-se-á a prova da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. Após comprovado o dano, o montante do *quantum* arbitrado pelo juiz, não pode servir como donativo, nem mesmo como premiação, levando em consideração a condição econômica das partes. (VENOSA, 2007, p 41).

Assim, segundo Silvio Rodrigues (2003, p 191), a indenização provoca uma sensação de alívio:

Uma ideia que tem alcançado êxito é a de que o dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor, provocada pelo ato ilícito. Isso ainda é mais verdadeiro quando se tem em conta que esse dinheiro, provindo do agente causador do dano, que dele fica privado, incentiva aquele sentimento de vingança que, quer se queira, quer não, ainda remanesce no coração dos homens.

Assim sendo, em resumo, a moral está relacionada aos direitos de personalidade, ela decorre de ato ilícito. Após sua comprovação, ainda que presumida a dor, é passível de reparação. Mas em contrapartida, a sua quantificação é difícilíssima, não podendo ser a quem ou além do dano sofrido.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS AÇÕES DECORRENTES DE ERRO MÉDICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

A relação entre médico e paciente tem natureza contratual, porém limitada, pois não se considera inadimplido o contrato quando não alcançada a cura do paciente. (RODRIGUES, 2003, p 248). Por esse motivo não pode o profissional se comprometer em curar, entretanto, deve proceder zelosamente conforme métodos e regras da profissão. (GONÇALVES, 2011, p 256).

De acordo com Roberto Senise Lisboa (2004, p 573) “a responsabilidade médica, destarte, é normalmente uma obrigação de meio, somente podendo vir a responder mediante verificação de culpa.”.

Essas obrigações impõem ao médico a realização de certa atividade, sem ter o compromisso de atingir um fim, correspondem, então, na não obrigação da cura, pois se assim fosse, objetivaria em obrigação de resultado. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2011, p 257) explica: “o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.”.

Melhor explica Humberto Theodoro Junior (2001, p 69):

Na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de empenhar-se na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função.

Nesse sentido, para surgir a responsabilidade médica deve-se demonstrar o resultado derivante da atividade negligente, imprudente, ou imperita do profissional. (RODRIGUES, 2003, p 248). O Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 951:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL – B, 2012).

Portanto, entende-se que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, pois indispensável a prova da culpa.

4.1 CONCEITUAÇÃO DO ERRO MÉDICO

A medicina tem por finalidade a saúde do homem, isto é, a preservação da vida. Por consequência, o profissional tem o dever de prestar socorro, podendo ser responsabilizado caso omitir-se. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p 236). Assim, se passadas as informações cabíveis, quanto a riscos e curas, o médico tem sua responsabilidade afastada. (DINIZ, 2005, p 310).

Eventualmente, assim como qualquer pessoa humana, o médico poderá “falhar no cumprimento de seus deveres.”. (LISBOA, 2004, p 574). Por isso indispensável é a sua conceituação.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2005, p 244-245):

O erro médico é, em linguagem simples a falha profissional imputada ao exercente da medicina. [...] Na caracterização desse erro atua o elemento anímico culpa, especialmente sob a roupagem da imperícia ou da negligência. Além da eventual responsabilização jurídica, penal ou civil, o médico se sujeita às sanções administrativas da sua entidade fiscalizadora – o Conselho Federal ou Estadual de Medicina –, podendo, em situações de maior gravidade, ser proibido de exercer o seu ofício.

Contribuindo Fernanda Schaefer (2002, p 61), “entende por erro médico a falha no exercício da profissão, com resultado diverso do pretendido, decorrente de ação ou omissão do médico [...]”.

Igualmente, Irany Novah Moraes (2003, p 422) declara “o erro médico é um desvio, maior ou menor, do objetivo a ser atingido. [...] É, portanto, a falha do médico no exercício da profissão.”.

Conforme os ensinamentos de Roberto Senise Lisboa (2004, p 274), o erro médico diferencia-se em erro de técnica e erro de diagnóstico. O primeiro corresponde à existência da culpa, ou seja, agiu sem o devido zelo na realização da atividade. Enquanto o segundo verifica sua responsabilização no momento do equívoco.

A autora Schaefer (2002, p 66), ainda, divide o erro de diagnóstico em evitável e inevitável. Esses não são puníveis, devido às limitações da medicina, como por exemplo, as doenças não catalogadas e por consequência falta seu

tratamento. Já os evitáveis são aqueles que abarcam a responsabilidade, porque “são erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos etc.) tivessem sido tomadas.”.

4.2 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Na responsabilidade civil do médico também devem estar presentes os requisitos já esclarecidos no capítulo anterior.

Os médicos devem utilizar-se dos recursos adequados, para buscar a cura, mas não se obrigando para tanto. Porém precisa tratar seus pacientes com cuidado, zelo. Caso isso não ocorra, ficando comprovada sua culpa, no exercício de sua profissão, este será responsabilizado. (GONÇALVES, 2011, p 257). “Ainda que levíssima obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*). Em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas ‘pequenas’.” (KFOURI NETO, 2010, p 81).

Continua explicando que, a responsabilidade do médico “está calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência).” (KFOURI NETO, 2010, p 81).

Desta forma, Humberto Theodoro Junior (2001, p 74), doutrina que a culpa do médico se apura por meio de três elementos, quais sejam a negligencia, imperícia e imprudência.

Igualmente, Fernanda Schaefer (2002, p 44-45), propõe os mesmos elementos para caracterização da culpa, no qual estão positivados no artigo 951 do Código Civil de 2002.

De tal modo, indispensável a explicação de cada um deles.

Por negligência Schaefer (2002, p 44-45) entender ser:

[...] a negligência caracteriza-se por ser um descuido, desleixo, falta de diligencia, desatenção, desídia, falta de cuidado capaz de determinar a responsabilidade por culpa, omissão daquilo que razoavelmente se faz, falta de observação aos deveres que as circunstancias exigem.

Para Theodoro Junior (2001, p 74), assemelha a uma conduta passiva, isto é, quando o médico deixa de observar algumas precauções.

De outro norte, ocorre imprudência quando o médico adota atitudes injustificáveis, sem utilizar a devida cautela. Theodoro Junior (2001, p 75) chama de

“atitude ativa (comissiva)”. Fernanda Schaefer (2002, p 45) também entende por imprudência “quando o médico age com excesso de confiança desprezando regras básicas de cautela.”.

E por fim, a “imperícia é a pratica ou ausência de conhecimento que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte.” (SCHAEFER, 2002, p 45).

Mas, de qualquer modo, a prova da culpa ficará por conta de quem alega, ou seja, do autor da ação reparadora, ou como quer o doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2007, p 139): “a prova da culpa médica ficará sujeita às intempéries da prova do processo. A culpa deve ser avaliada pelo juiz dentro dos princípios da obrigação de meio, salvo a cirurgia plástica exclusivamente estética e os exames técnicos.”.

Humberto Theodoro Junior (2001, p 72) defende a idéia de ser contratual a relação entre médico e paciente, e por isso a culpa estará

[...] configurada quando os seus serviços tiverem sido prestados fora dos padrões técnicos. Por isso, o fato constitutivo do direito de quem pede indenização por erro médico se assenta no desvio de conduta técnica cometido pelo prestador de serviços.

Esse desvio trata de uma situação anormal, assim, não há como presumir a culpa. (THEODORO JUNIOR, 2001, p 72).

O mesmo doutrinador finaliza, expondo que além de provar a culpa deve-se demonstrar “o elemento psicológico ou subjetivo da responsabilidade civil”, e ainda, provar o inadimplemento “da prestação devida pelo médico.” (THEODORO JUNIOR, 2001, p 73).

4.3 A AUTUAÇÃO DO MÉDICO SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor regula relações contratuais entre pessoa e fornecedor de produtos ou serviços, cuja pessoa torna-se destinatária final quando o adquire.

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor adota a reponsabilidade civil objetiva, porém faz uma ressalva quando fala de profissionais liberais, pois trata

de uma situação excepcional. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p 232). Por profissional liberal Fernando Antônio de Vasconcelos (2007, p 30), entende

[...] toda pessoa que, em total independência técnica e livre de qualquer elo de subordinação, coloca seus conhecimentos e seus danos a serviço de outrem, num esforço para exercer uma atividade ou prestar um serviço, habilitado ou qualificado pela lei ou pelas regras inseridas no mercado de trabalho.

Silvio de Salvo Venosa (2007, p 127) complementando os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho esclarece: “a responsabilidade civil do médico ou outro profissional da saúde é subjetiva, dependente de culpa, e assim foi mantida pelo CDC.”.

Assim, encontra respaldo no art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
[...]
§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL – D, 2012).

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor esclarece em seu art. 6º direitos do consumidor, e dentre eles a facilitação de defesa. Então, pode o magistrado, julgador do caso concreto, valer-se da inversão do ônus da prova, vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL – D, 2012).

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p 258) a inversão do ônus da prova faz-se necessária, pois o paciente é parte vulnerável da relação. Essa vulnerabilidade corresponde ao conhecimento técnico, haja vista que o médico possui melhores condições de levar aos autos, prova em face de sua responsabilidade.

No mesmo sentido Silvio de Salvo Venosa (2007, p 143) explica: “na esfera da responsabilidade médica, a inversão do ônus mais se justifica, porque mais difícil para o destinatário final do serviço médico a prova do defeito em seu fornecimento.”.

Fernando Antônio de Vasconcelos (2007, p 155) dispõe

O profissional liberal que presta serviços de natureza profissional terá sua responsabilidade examinada sob a ótica das disposições do CDC, seja, quanto a inversão do ônus da prova, seja quando à presunção de culpa, bastando ao atingido pelo fato danoso produzir a prova do defeito, o dano e o nexo de causalidade. Se plausíveis as alegações do prejudicado, poderá o condutor do processo determinar a inversão do ônus probatório em favor do mais desprotegido, que é o consumidor.

Enfim, no âmbito do direito do consumidor existe a possibilidade de caracterização da responsabilidade objetiva, por meio da inversão do ônus da prova, uma forma de coibir o aparecimento de maus profissionais e aplicações de praticas lesivas aos pacientes.

4.4 ARBITRAMENTO COMO AUTONOMIA DO MAGISTRADO PARA DEFINIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO

No mundo jurídico, o dano moral tem sido objeto de muitas demandas e por serem indefinidos os critérios para arbitramento em pecúnia, o magistrado se depara com grandes problemas.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p 397) aponta:

Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da formulas ‘danos emergentes - lucros cessantes’, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor.

A já revogada Lei de Imprensa nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967 (BRASIL – C, 2012), elencava parâmetros para aplicação do dano moral. Até os dias de hoje alguns critérios ali descritos são adotados nos tribunais como, por exemplo, a intensidade do sofrimento, gravidade, natureza e repercussão da ofensa, intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, a condição econômica das partes (artigo 53 da referida lei). Todavia, “levam-se em conta, basicamente, as

circunstâncias do caso”, onde a indenização serve de compensação do dano sofrido. (GONÇALVES, 2011, p 400).

Assim, para fixação da indenização, Miguel Kfouri Neto (2010, p 89) explica o julgador irá se valer de todas as provas apresentadas aos autos. Nas suas palavras:

A ocorrência da culpa e o estabelecimento do nexo de causalidade, então, passam a desafiar a argúcia do julgador, que se valerá, nesta etapa final, de tudo quanto as partes trouxeram aos autos e das informações que o próprio juízo determinou fossem prestadas pelas partes e peritos. (KFOURI NETO, 2010, p 89).

A indenização do dano moral tem sido fixada com o propósito de não causar enriquecimento ilícito por parte da vítima, ou não importar “sacrifício econômico para o causador do dano” (COLCERNIANI, 2007, p 40).

Logo, por inexistir padrão de quantificação do dano moral, o juiz, “valendo-se da sua experiência e bom-senso, após sopesar as peculiaridades do caso e a realidade econômica das partes, fixará valor que [...] compense o sofrimento do ofendido.” (KFOURI NETO, 2010, p 133).

Em contrapartida, Colcerniani (2007, p 40), faz uma crítica quanto o critério acima pregado por vários doutrinadores, defendendo a tese:

Seguindo tal critério, a moral do pobre será sempre menos valiosa que a moral dos integrantes das classes sociais mais abastadas. Se a dor física é a mesma para as duas pessoas de classes econômicas diferentes, não pode ser dado tratamento diferenciado à dor moral, inclusive porque, sendo difícil ou impossível sua mensuração, talvez seja até maior a dor do pobre que a dor do rico, porquanto possa ser o primeiro, portador de valores morais mais elevados.

Portanto, definitivamente, a dor moral não pode ter correspondência com situação financeira do ofendido, pois o patrimônio moral diversamente do material, não se encontra concentrado nas mãos da classe economicamente dominante, mas ao contrario, pode estar guardado nos recônditos da alma de seres humanos que, ainda que materialmente maltrapilhos, possuem verdadeiros tesouros de caráter.

Em resumo, não existe critério para fixação do quantum indenizatório, o juiz, por sua vez, mais do que técnico, tem que valer-se da sua criatura humana para aplicação do dano moral.

Assim, alisaremos no tópico a seguir as decisões jurisprudenciais a cerca do tema.

4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS AÇÕES DE DANO MORAL EM CASOS DE ERRO MÉDICO NO TRIBUNAL DE SANTA CATARINA, NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2010 À MAIO DE 2012.

Em consulta ao sítio oficial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foram encontrados 43 (quarenta e três) acórdãos expondo sobre o dano moral decorrente de erro médico, cujas palavras utilizadas foram: dano moral erro médico. Dentre elas somente sete foram julgadas em 2012 (dois mil e doze).

Para a verificação da indenização foram subdivididos em dois tópicos, quais sejam: acórdãos cujas indenizações ultrapassaram ou ficaram na marca dos cem mil reais e acórdãos cujas indenizações foram fixadas abaixo de cem mil reais.

4.5.1 Acórdãos cujas indenizações ultrapassaram ou ficaram na marca dos cem mil reais

No acórdão, cuja ementa abaixo se transcreve (Anexo – A), trata de uma complicação no parto, resultando o falecimento da criança, devido a falta de oxigenação do cérebro e fratura na clavícula. A decisão se deu por maioria dos votos, o qual o voto vencido entendeu não estar presente o nexo de causalidade.

Porém, o órgão julgador utilizou-se do direito do consumidor, considerando a responsabilidade objetiva e contratual das partes, fixando o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO DURANTE TRABALHO DE PARTO. DANO MORAL. PERDA DO FILHO AOS TRÊS MESES DE VIDA POR COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE PARALISIA CEREBRAL. SÍNDROME HIPÓXICO-ISQUÊMICA PERINATAL CAUSADA POR ELEVADA DURAÇÃO DO TRABALHO DE PARTO. FATORES PERINATAIS IMPUTÁVEIS AOS RÉUS. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. JUSTA REPARAÇÃO DO PREJUÍZO SEM ACARRETAR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. COMPOSIÇÃO DO DANO PROPORCIONAL À OFENSA. CRITÉRIOS DA EXEMPLARIEDADE E DA SOLIDARIEDADE. QUANTIA FIXADA EM R\$ 100.000,00 (CEM MIL REAIS). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. I) Do dano moral Não há que se falar na falta de comprovação do dano quando o filho dos autores sofreu de complicações durante o parto, [...] é imprescindível, que sejam realizados os exames e diagnósticos corretos, tomados os devidos cuidados ao prescrever os tratamentos e dar alta e medicação com prudência. [...]. Havendo prova do nexo causal entre o dano e a elevada duração do trabalho de parto, fato este imputável aos réus, a responsabilização depende da verificação da culpa. A culpa, por seu turno, está materializada na omissão dos réus em buscar minimizar os

fatores perinatais causadores do dano suportado pelo filho dos autores. Presentes os requisitos da responsabilização civil. II) Da fixação do quantum indenizatório "O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu. (BRASIL – E, Apelação Cível n. 2009.011029-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, Data: 22/05/2012) (grifou-se).

Justificaram os doutos desembargadores que a atividade médica deve ser desempenhada com cautela tomando a necessária diligência para a satisfação do paciente, ou seja, tentando obter o melhor resultado. Também, argumentaram que o profissional deve utilizar-se de todos os meios, objetivando “salvar a vida ou promover a saúde” (BRASIL – E, 2012), essa é a regra.

Em relação a quantificação do dano moral deve-se aplicar de acordo com as peculiaridades do caso concreto, porém, alegaram não haver critérios preestabelecidos, por conseguinte, essa tarefa fica a cargo do Magistrado.

De outra banda, no acórdão a seguir (Anexo – B), por maioria dos votos, majorou-se a indenização de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) para o valor de R\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais). O caso em tela trata de um erro de diagnóstico, na qual vieram a falecer a gestante e o feto. Ficou comprovada conduta negligente no médico.

[...] Nesse sentido, age com culpa e tem o dever de indenizar o médico e a instituição hospitalar que procede de maneira negligente ao não investigar com maior cautela a paciente, não vislumbrando a exata extensão do problema, qual seja, infecção urinária, tendo como consequência a morte da gestante e seu recém-nascido. Tal evento poderia ter sido evitado por meio de realização de exames técnicos, capazes de evidenciar o real problema da paciente, afastando juízos de mera probabilidade e alicerçando o melhor tratamento a ser adotado. DANO MORAL. MORTE DA MÃE E IRMÃO RECÉM-NASCIDO DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRESUNÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. [...] Assim, comprovada a existência de ato ilícito decorrente da negligência do médico-réu, que poderia e deveria agir com as devidas cautelas, atento ao estado de saúde da paciente e depreendendo os esforços possíveis para sua recuperação, inegável a existência de abalo moral decorrente da perda de um ente querido, principalmente porque a autora tratava-se, na época, de uma criança de 4 (quatro) anos de idade, que ainda por muito tempo teria a companhia da sua jovem mãe, que não época do evento tinha 19 (dezenove) anos. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MORTE DA MÃE E IRMÃO RECÉM-NASCIDO DA AUTORA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. AFERIÇÃO POR ARBITRAMENTO E VALORAÇÃO DO JUIZ. FIXAÇÃO NO VALOR DE DUZENTOS E TRINTA MIL REAIS. (BRASIL – F, Apelação Cível n. 2006.031338-3, de Concórdia, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, data; 04/05/2010)

Em decisão prolatada em 18 de novembro de 2011 (Anexo – C), a Primeira Câmara Civil, decidiu por votação unanime, o conhecimento do recurso e seu provimento parcial, condenando o réu ao pagamento de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) por danos morais decorrente da perda da função de gerar filhos. E, em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) de danos morais advindos de intervenções cirúrgicas esporádicas.

Em primeira instância, o magistrado julgou improcedente o pedido da autora, argumentou no sentido de não estar evidenciada a culpa médica.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PROVA PERICIAL ATESTANDO QUE A TÉCNICA UTILIZADA É EXCEPCIONAL. ATIVIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE LIGADA COM O COMPROMISSO COM A VIDA. ERRO INESCUSÁVEL POR DESCONHECIMENTO DA ARTE MÉDICA E DO PRÓPRIO MISTER. FALTA DE ZELO PROFISSIONAL AO CONCEDER ALTA MÉDICA A PACIENTE COM QUADRO SOCIAL E CLÍNICO DE RISCO. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. PERDA DA FUNÇÃO DE GERAR FILHOS. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R\$ 120.000,00. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO NAS DESPESAS COM O TRATAMENTO. DANO MORAL E ESTÉTICO DECORRENTES DOS EFEITOS DOS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS REALIZADOS APÓS A ALTA MÉDICA EM 12-8-2001. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]. (BRASIL – G, Apelação Cível n. 2007.058289-5, de Capinzal, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, data: 18/11/2011).

Sendo assim, ficou evidenciado nesse caso que o dano ocorreu pela utilização de técnica ultrapassada para curetagem de retirada de feto, vindo, posteriormente, a perder o útero. Por isso, alegaram os julgadores a falta de cuidado do réu, pois, de acordo com a prova pericial, o procedimento empregado pelo profissional não era o mais indicado, resultando em erro grosseiro.

Diante do exposto, verifica-se que o arbitramento indenizatório igual ou acima de cem mil reais, se deram, não maioria, por conta da morte de um ente, bem como a perda do órgão procriador.

Desta forma, passaremos a analisar erros médicos que resultaram em indenização abaixo de cem mil reais.

4.5.2 Acórdãos cujas indenizações foram fixadas abaixo de cem mil reais

Traz-se a baila uma decisão de óbito de recém-nascido (Anexo – D). Em primeira instância julgou-se improcedente o pedido dos pais requerentes. O magistrado de primeiro grau entendeu que a médica não contribuiu para o dano, ou seja, a morte. Assim como, não evidenciado os defeitos da prestação de serviço por parte da instituição hospitalar.

Acontece que em segundo grau, por maioria dos votos, foi fixado o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a título de indenização por danos mais.

Desta forma, em sede de apelação, a médica, cuja responsabilidade é subjetiva, agiu com culpa, de maneira negligente, pois deixou de realizar exames técnicos capazes de evitar o dano.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO AJUIZADA CONTRA MÉDICA E HOSPITAL. GRAVIDEZ. SOFRIMENTO FETAL. ÓBITO DE RECÉM-NASCIDO POR INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA DECORRENTE DE ASPIRAÇÃO DE LÍQUIDO MECONIAL. MÉDICA QUE, MESMO TENDO A INFORMAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE MECÔNIO NO LÍQUIDO AMNIÓTICO, OPERA PROCEDIMENTO PADRÃO SEM SE ATENTAR A ESPECIFICAÇÃO DO CASO. CONDUTA NEGLIGENTE COMPROVADA. PROCEDIMENTO INADEQUADO. DEVER DE INDENIZAR. [...] age com culpa e tem o dever de indenizar a médica e a instituição hospitalar que procede de maneira negligente ao não investigar com maior cautela a paciente, não vislumbrando a exata extensão do problema, qual seja, ocorrência de líquido meconial, tendo como consequência a morte do recém-nascido. DANO MORAL. MORTE DO FILHO RECÉM-NASCIDO DOS AUTORES DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRESUNÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. [...] QUANTUM INDENIZATÓRIO. CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MORTE DO FILHO RECÉM-NASCIDO DOS AUTORES. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. AFERIÇÃO POR ARBITRAMENTO E VALORAÇÃO DO JUIZ. FIXAÇÃO NO VALOR DE SESSENTA MIL REAIS [...] Transpondo esses critérios para o caso concreto, verificando a gravidade do dano (falecimento do filho recém-nascido dos autores), as partes envolvidas (função hospitalar e médica), e a intensidade da culpa (falta de diligência), a indenização do dano moral deve ser fixada em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), devendo os réus (médica e hospital) arcarem, solidariamente, com tal valor. (BRASIL – H, Apelação Cível n. 2006.018586-3, de Porto União, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, data: 11/01/2011).

Na jurisprudência abaixo (Anexo – E), os autores comprovaram a responsabilidade subjetiva do médico, através da culpa, pelo fato de ter agido negligentemente. Este deveria ter encaminhado à autora gestante para um hospital,

mas receitou mero repouso, ocasionando aborto momentos após o atendimento médico. Assim,

[...] À luz do direito universal à saúde, proclamado pelo art. 196 da Constituição da República, bem assim do princípio da dignidade da pessoa humana, fazia jus a gestante a tratamento médico adequado, e mesmo que tivesse havido morte fetal, deveria ter-lhe sido assegurada a extração do feto em meio nosocomial, o que evitaria a constrangedora e aviltante situação de ver o feto expelido em vaso sanitário.

Assim, para os autores - tanto para a mãe, quanto para o pai do nascituro - a negligência médica gerou profundo abalo moral, que lhes infligiu dor e sofrimento. [...] (BRASIL – I, Apelação Cível n. 2008.077442-2, de Rio do Oeste, rel. Des. João Henrique Blasi, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, data: 14/03/2012).

Nesse sentido, o órgão julgador, dispôs por unanimidade, que o arbitramento indenizatório deve estar ligado sob a égide dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

[...] Sopesando-se variáveis tais como culpa do acionado, nível socioeconômico das partes, consequências do ato ilícito e visando a que casos assim sejam cada vez menos ocorrentes, o quantum indenizatório deve louvar-se no binômio razoabilidade e proporcionalidade, estipulando-se valor que, a um só tempo, não sirva de lucro à vítima, nem tampouco desfalque o patrimônio do lesante, mostrando-se apto a compor, na justa medida, o gravame sofrido, com o sentido compensatório e punitivo que dele se exige, pelo que, na espécie, deve ser fixado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para a autora e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o autor [...]. (BRASIL – I, Apelação Cível n. 2008.077442-2, de Rio do Oeste, rel. Des. João Henrique Blasi, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, data: 14/03/2012)

De outra banda, diversamente dos casos estudados até esse ponto, vamos examinar outras decisões, cujo objeto do erro médico não resultou em morte.

A decisão abaixo (Anexo – F) citada corresponde a um atraso de diagnóstico, isto é, escusa do médico em realizar exames comprovando doença. Assim, ocasionou a perda do membro inferior, e conseqüentemente diminuição da capacidade laborativa.

Logo, a indenização se atrelou ao grau culpa e extensão do dano observando, também, a razoabilidade para estipulação da verba indenizatória.

Em sede de apelação a Segunda Câmara de Direto Público, por votação unanime, salientou que a indenização deve neutralizar, ou “ao menos anestesiá-lo em

parte os efeitos dos transtornos causados” por parte de quem recebe, no qual manteve o valor da indenização de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PACIENTE QUE RECEBE ATENDIMENTO EM HOSPITAL PÚBLICO, EM VIRTUDE DE ENTORSE NO TORNOZELO. EVOLUÇÃO DO EDEMA. TROMBOSE E NECROSE. NECESSIDADE DE AMPUTAÇÃO DA PERNA. ATRASO NO DIAGNÓSTICO. ERRO MÉDICO VERIFICADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. MANUTENÇÃO. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS [...]. Cuidando-se de erro médico, responde subjetivamente o médico responsável, e o hospital, assim como o ente mantenedor, de modo objetivo (STJ, REsp 1.184.128/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti). Compete ao autor, dessa forma, a prova dos requisitos que ensejam a obrigação de reparar. Evidenciados, exsurge o dever de indenizar. (BRASIL – J, Apelação Cível n. 2008.009904-9, de Joinville, rel. Des. Ricardo Roesler, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, data: 16/05/2012)

A seguir cita-se uma decisão (Anexo – G), cuja indenização fora minorada para R\$ 25.000,00 (vinte mil reais).

Ficaram evidenciados os elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva do médico, ou seja, o defeito na prestação dos seus serviços, aplicando-se o artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor:

APELAÇÕES CÍVEIS. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DE PROFISSIONAL LIBERAL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NEXO CAUSAL ENTRE OS DANOS E A CONDUTA DO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMPROVADO. NEXO CAUSAL EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE FALHA. DA INSTRUMENTADORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CHEFE DA EQUIPE MÉDICA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. DISCUSSÃO ACERCA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR REDUZIDO. PLEITO DE REDISTRIBUIÇÃO DO PAGAMENTO EM VIRTUDE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CHEFE DE EQUIPE MÉDICA NEGADO. SENTENÇA AJUSTADA NO VALOR. RECURSO DOS REQUERIDOS PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL – K, Apelação Cível n. 2007.053398-8, de Concórdia, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, Órgão Julgador: Câmara Especial Regional de Chapecó, data: 09/03/2012)

No caso em tela, a paciente foi submetida a três cirurgias. A primeira, por prescrição médica de extração do útero. Após alguns meses constatado o esquecimento de objeto metálico no interior de seu corpo, objetivando a segunda cirurgia. Após a retirada o corpo estranho, passou por uma terceira intervenção cirúrgica, “em razão da constatação de rompimento do intestino delgado da paciente”.

Prosseguindo com a pesquisa, verificou-se acórdãos arbitrando um mesmo valor para diferentes casos.

A ação indenizatória abaixo (Anexo – H), se deu pelo fato de agravar a capacidade de visão, ao passo que o objetivo dos procedimentos cirúrgicos visava a melhora da mesma. O magistrado de primeiro grau condenou o réu ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantido em segunda instância.

In casu, constata-se que a repercussão da conduta ilícita do réu trouxe transtornos ao autor, que teve sua capacidade de visão consideravelmente diminuída, sendo indiscutível o sofrimento moral do apelado. [...] Verifica-se que a conduta do apelante é reiterada, de modo que a manutenção do *quantum* arbitrado em sentença deve ser mantido, especialmente considerando-se a característica pedagógica da indenização por danos morais. (BRASIL – L, Apelação Cível n. 2010.080890-2, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Civil, data: 19/09/2011)

No mesmo sentido, tem-se outra decisão (Anexo – I) cujo objeto é a imperícia do procedimento cirúrgico que deixou parte de material cirúrgico no seio da paciente. Além disso, a negligência do médico por não ter realizado exames para confirmação da retirada total das microcalcificações ou qualquer corpo estranho.

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. FRAGMENTO METÁLICO DEIXADO NO SEIO DA PACIENTE. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A ILEGITIMIDADE DO HOSPITAL BEM COMO JULGOU IMPROCEDENTE A DEMANDA. INSURGIMENTO DA AUTORA. MÉDICO QUE NÃO FAZ PARTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. DANOS OCASIONADOS EXCLUSIVAMENTE DA CONDUTA DO MÉDICO. MANUTENÇÃO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIAS CONFIGURADAS. AUSÊNCIA DE EXAMES APÓS O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CONDUTA QUE SE EXIGIA NA ESPÉCIE. CULPA EVIDENCIADA. SUBMISSÃO A NOVA CIRURGIA PARA RETIRADO DO "CORPO ESTRANHO". DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ESTIPULADO EM R\$15.000,00 (...). VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL A SUAVIZAR O SOFRIMENTO DA PACIENTE. CARÁTER PEDAGÓGICO DA PUNIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL – M, Apelação Cível n. 2009.069339-0, de Blumenau, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Órgão Julgador: Sexta Câmara de Direito Civil, data: 21/11/2011)

A indenização, no caso supra, ficou em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A próxima jurisprudência estudada (Anexo – J) trata de procedimento cirúrgico que resultou na morte do paciente em razão de grande perda de sangue, por negligência médica.

Argumentaram os julgadores que a obrigação do médico corresponde à obrigação de meio, isto é, a prótese de quadril pode não curar a artrose acometida pelo *de cujus*, mas melhorar sua qualidade de vida. Também, ostentaram sobre a responsabilidade subjetiva do profissional, na qual se baseia na ideia de culpa, exceção ao Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, mantida em segundo grau, a indenização de R\$ 20 (vinte) mil reais. Vejamos a ementa:

ERRO MÉDICO. CIRURGIA PARA IMPLANTE DE PRÓTESE DE QUADRIL. MORTE POR CHOQUE HIPOVOLÊMICO E EMBOLIA PULMONAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO DEMANDADO. AGRAVO RETIDO. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO ESPÓLIO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDIVIDUAL DOS SUCESSORES. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. [...] COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA EM FUNÇÃO DE CORTE DA ARTÉRIA FEMORAL SEGUIDA DE HIPOTENSÃO ARTERIAL E FORTE HEMORRAGIA. QUADRO CLÍNICO NÃO RESTAURADO. ARTROPLASTIA NÃO PARALISADA. CHOQUE HIPOVOLÊMICO QUE ANTECEDE EMBOLIA PULMONAR. LAUDO PERICIAL QUE DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A CAUSA DA MORTE DECLARADA (EMBOLIA PULMONAR) E O CHOQUE HIPOVOLÊMICO. IMPERÍCIA VERIFICADA. DEVER DE INDENIZAR QUE SE FAZ PRESENTE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE SOLICITAÇÃO DE EXAMES PRÉ-OPERATÓRIOS. NEGLIGÊNCIA CONCOMITANTE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL – N, Apelação Cível n. 2009.002422-7, de São José do Cedro, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil, data: 28/09/2011).

De outra banda, no acórdão a seguir (Anexo – K), a Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade, verificou a responsabilidade civil subjetiva do médico, comprovando-se a não autorização da paciente quanto o procedimento de laqueadura de trompas, e, além disso, o anseio de ter um terceiro filho.

O órgão julgador deu parcial provimento à apelação, minorando o *quantum* indenizatório, para dez mil reais.

ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR ABALO MORAL LAQUEADURA DE TROMPAS REALIZADA POR OCASIÃO DA SEGUNDA CIRURGIA CESÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO MÉDICO SUPLICADO. AGRAVO RETIDO. DECURSO DO LAPSO TEMPORAL PRESCRICIONAL REGULADO PELO CDC, E NÃO PELA LEGISLAÇÃO CIVIL. [...] MARCO INICIAL QUE FLUI A PARTIR DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO DANO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ACTIO NATA [...]. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO LEGAL, VERBAL OU EXPRESSO. ATO ILÍCITO VERIFICADO. Comete ato ilícito o médico que, sem autorização legal, seja ela expressa ou verbal, promove laqueadura de trompas na mulher após a realização da cirurgia de

cesárea. QUANTUM EXCESSIVO. REDUÇÃO IMPERATIVA. O quantum indenizatório deve atender, com a maior exatidão possível, os objetivos da paga pecuniária, quais sejam, compensar a vítima sem, no entanto, dar margem ao enriquecimento ilícito, e admoestar o agente causador do dano, para que não pratique mais atos de idêntica natureza. AGRAVO RETIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL – O, Apelação Cível n. 2010.073878-4, de Xaxim, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil, data: 18/05/2012)

Igualmente, no caso a seguir (Anexo – L), o valor da indenização por danos morais, em segundo grau, também minorados de R\$ 22.500,00 (vinte dois mil e quinhentos reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ele trata de remoção de verrugas no órgão genital. O erro médico, por sua vez, adveio da utilização de ácido em concentração e quantidades superiores ao procedimento adequado, ocasionando queimaduras.

Apelação cível. Ação de indenização. Erro médico. Alegados prejuízos (morais e materiais) provocados, com ácido, em procedimento de cauterização para retirada de verrugas no órgão genital. Pretendo recebimento de lucros cessantes. Sentença de procedência, em parte. Insurgência da parte demandada (médico e clínica). Responsabilidade subjetiva do profissional liberal. Negligência evidenciada pelo descuido na utilização da substância. Ato que provocou queimadura e irritação na pele do autor. Conduta culposa verificada. Responsabilidade objetiva e solidária do estabelecimento. Obrigação de indenizar caracterizada. Dano moral que, no caso, prescinde de comprovação. Condenação devida. Critérios de fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Quantum minorado. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido, em parte. (BRASIL – P, Apelação Cível n. 2006.010497-3, de Garopaba, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Civil, data: 03/08/2010).

Assim sendo, de todas as decisões estudadas, percebeu-se que as indenizações ficaram na faixa de vinte mil reais.

Além disso, verificou-se que os pacientes, cuja posição no processo estão no polo ativo, ajuízam ações em face no Estado ou mesmo contra o hospital, as vezes por não identificar o médico que lhe atendeu.

Também, evidenciado no presente estudo a responsabilidade solidária do Estado e médico, quando ambos figuram no polo passivo.

Ainda, quando caracterizado o dano moral em face do Estado, as decisões demonstraram o quantum indenizatório relativamente alto, vale a pena trazer a baila alguns exemplos.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO - FETO CONSIDERADO GIGANTE PARA A IDADE GESTACIONAL - OCORRÊNCIA DE COMPLICAÇÃO OBSTÉTRICA DENOMINADA "DISTÓCIA DO OMBRO", CONSISTENTE NO ENCRAVAMENTO DOS OMBROS DO FETO NO CANAL DE PARTO - LESÃO MEDULAR PROVOCADA NO AUTOR DURANTE O PARTO NORMAL em razão da extração forçada - SEQUELAS IRREVERSÍVEIS E PERMANENTES NO MEMBRO SUPERIOR DIREITO - NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS PERMANENTES - NEGLIGÊNCIA MÉDICA CONFIGURADA - MATERNIDADE ADMINISTRADA PELO ESTADO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - DANO MORAL CONFIGURADO - MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO, EIS QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO À REPARAÇÃO DO DANO - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE [...] PERMANENTE DO MENOR - VALOR QUE SE MOSTRA ADEQUADO AO CASO [...] SENTENÇA REFORMADA - RECURSO VOLUNTÁRIO DO ESTADO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS. "Se a responsabilidade civil dos médicos que prestam serviços em Hospital e/ou maternidade administrada pelo Estado de Santa Catarina é subjetiva, porque depende da comprovação de sua culpa, aqui configurada pela negligência, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público é objetiva, pelos atos danosos de seus agentes, tanto em face da legislação civil (art. 932, inciso III, do Código Civil de 2002, reproduzindo o art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916), como diante do que prescreve o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: 'as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa' (Apelação cível n. 2007.056648-2, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 16.04.2009). Considerando as circunstâncias acima esposadas, o valor inicialmente fixado pelo juízo a quo com relação ao dano moral sofrido (R\$ 200.000,00) não se mostra excessivo diante do sofrimento experimentado pelo suplicante, razão pela qual deve ser mantido (Apelação cível n. 2004.017767-4 e n. 2004.017766-6, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, de Blumenau, j. 17.09.2009). (BRASIL – Q, Apelação Cível n. 2010.053466-7, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, data: 17/12/2010) (grifou-se).

E ainda:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO - BEBÊ SAUDÁVEL SUBMETIDO A PROCEDIMENTO CIRÚRGICO QUE LHE CAUSOU LESÕES FÍSICAS E MENTAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E SUBJETIVA DOS MÉDICOS - NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENTE - AUSÊNCIA DA CULPABILIDADE DOS LITISDENUNCIADOS - DEVER EXCLUSIVO DO ENTE PÚBLICO EM INDENIZAR - DANOS MORAIS - MINORAÇÃO DEVIDA - DANOS MATERIAIS - PREJUÍZOS FUTUROS - PAGAMENTO DE TODAS AS DESPESAS NECESSÁRIAS PARA O TRATAMENTO DA VÍTIMA - PENSÃO MENSAL DE 03 SALÁRIOS MÍNIMOS - INCAPACIDADE PERMANENTE DO MENOR - TERMO INICIAL - DATA EM QUE ESTE COMPLETARIA 14 ANOS - TERMO FINAL - VITALICIEDADE. [...] Como não há critérios objetivos que definam o quantum indenizatório pelos danos morais sofridos, tal deliberação fica submetida ao prudente arbítrio do juiz que deverá levar em conta as circunstâncias do caso, a gravidade da ofensa e a situação econômica das partes, afastando a possibilidade do enriquecimento sem causa da vítima.

Nestes termos, minora-se a quantia de 1.000.000,00 (um milhão de reais) fixados em primeiro grau, para a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). [...]. (BRASIL – R, Apelação Cível n. 2010.024279-5, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público, DATA: 28/07/2010) (grifou-se).

Por fim, sabe-se que um corpo humano age diferentemente de outro. Uns respondem positivamente o tratamento submetido, enquanto outros negativamente, sendo a mesma terapia. Por isso, importante ressaltar quão dificultoso é comprovar o nexos causal no âmbito jurídico, resultando em vários casos, na improcedência da ação.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil decorre de um dano, este corresponde a qualquer lesão, material ou moral, experimentada pela vítima em seu complexo de bens juridicamente tutelados, nos quais devem ser resguardados.

O dano moral ocorre na esfera subjetiva, ou seja, nos valores da pessoa enquanto ser social. Ele é capaz de afetar e gerar alterações psíquicas causando prejuízo ao patrimônio moral do ofendido.

Ficou demonstrado, no âmbito da pesquisa jurisprudencial, a dificuldade de comprovação da responsabilidade civil do médico, calcada na negligência, imperícia e imprudência do profissional.

Ao contrário disso, quando caracterizados os pressupostos e evidenciado o dano psíquico, físico ou moral, quantificou-se a indenização por danos morais.

Ainda, conclui-se que tanto em primeira, quanto em segunda instância, os julgadores primaram, nos julgados estudados, pela quantificação do dano sem proporcionar o enriquecimento sem causa por parte do lesado, levando sempre em conta a capacidade econômica do lesante.

Também, ficou evidenciado que os pacientes, vítimas do dano, buscam a solidariedade do profissional e do hospital, ou quando não, apenas da entidade hospitalar.

Ainda, ficou evidenciado grande disparidade de indenizações, cujo dano acarretou em morte, em vários casos a verba indenizatória não alcançou cinquenta mil reais, ao passo que outras ultrapassaram a faixa dos cem mil reais.

Por derradeiro, verifica-se que o Tribunal de Justiça, leva em consideração as peculiaridades de cada caso, aplicando o princípio da proporcionalidade, porém ainda, não fixa critérios para o dano moral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. . **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008. 669 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 206 p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2003. 1522 p.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Responsabilidade civil**: doutrina, jurisprudência e prática. Campinas, SP: MEAF, 2004. 1034 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 3. ed.; 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010-2011. V 2. 463p.

COLCERNIANI, Cláudia Borges. **Dano moral decorrente de erro médico: seus reflexos nas pessoas de diferentes classes sociais**. In. Revista Psicologia Brasil, São Paulo , v.5, n.43 , p.38-41, ago. 2007.

CORDEIRO, Rodrigo Alache. **Princípios Constitucionais Tributários**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006, 143 p.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba, PR: Juruá, 2006. 291 p.

DANTAS, Ivo. . **Constituição & processo**. 2. Ed (ano 2007) 2ª reimp. Curitiba, PR: Juruá, 2011. 831 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. V 7. 669 p.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002-2003. V 7. 598 p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000. 208 p.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: SAFE, 1991. 214 p.

GABURRI, Fernando; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 303p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. V 3. 382p

_____. **Novo curso de direito civil: (contém análise comparativa dos Códigos de 1916-2002)**. São Paulo: Saraiva, 2005. V 3. p 428.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011. V 4. 559 p.

GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna**: constitucionalismo contemporâneo. Santa Cruz do Sul: IPR, 2008. 420p. são organizadores,, o artigo é da daniela Richter e liane tabarelli 341.27 D598 2008

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba, PR: Juruá, 2006. 271 p.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7 .ed . rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 652 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3 ed. rev, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003-2004. V 2. 784 p.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba, PR: Juruá, 2003. 141 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999. 655 p.

_____. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucionla São Paulo: Malheiros, 2006. 1032 p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**: volume I : introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 765 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. . **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. atual. até a EC n.56/07 São Paulo: Atlas, 2008. 900 p.

MORAES, Irany Novah,. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 732 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** (processo civil, penal e administrativo). 10. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 416 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed Rio de Janeiro: Forense, 2007. 953p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. V 4. 274 p.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. 222 p.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001. 392 p.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. Curitiba, PR: Juruá, 2002. 231 p.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 444 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 773 p.

SILVA, João Paulo Sorigotti da. Mon: **Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e Influência na Teoria Geral do Processo Civil**. Presidente Prudente: 2011. 75 p. Disponível em

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2838/2617>, acesso em 23 mai 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2011. 928 p.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. In. Revista dos Tribunais n. Ano 91, v 798. Abr.-2002. p 23-47 .

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 4.ed., atual. ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. 369 p.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo**. 2. ed. rev. atual Curitiba, PR: Juruá, 2007. 191 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 5. ed São Paulo: Atlas, 2005. V 4. p 323.

_____. **Direito civil**. 5. ed São Paulo: Atlas, 2003. V 4.

_____. **Direito civil**. 7. ed São Paulo: Atlas, 2007. V 4. p 321.

LEGISLAÇÃO

BRASIL – A. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 nov 2011.

BRASIL – B. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm, acesso em 17 abr. 2012.

BRASIL – C. **Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm, acesso em 19 abr. 2012.

BRASIL – D. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm, acesso em 19 abr. 2012.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL – E, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2009.011029-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, Data: 22/05/2012, disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DM5D0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4495644&pdf=true>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – F, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2006.031338-3, de Concórdia, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, data; 04/05/2010, disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010008P3T0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2348955&pdf=true>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – G, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2007.058289-5, de Capinzal, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, data: 18/11/2011, disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000ASKU0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3907204&pdf=true>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – H, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2006.018586-3, de Porto União, rel. Des. Carlos Prudêncio, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, data: 11/01/2011, disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010008BM90000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3907204&pdf=true>

nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2987101&pdf=true>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – I, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2008.077442-2, de Rio do Oeste, rel. Des. João Henrique Blasi, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, data: 14/03/2012, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000D4QT0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4196530&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – J, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2008.009904-9, de Joinville, rel. Des. Ricardo Roesler, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, data: 16/05/2012, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000BA5G0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4441399&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – K, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2007.053398-8, de Concórdia, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, Órgão Julgador: Câmara Especial Regional de Chapecó, data: 09/03/2012, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000ANTG0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4209808&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – L, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2010.080890-2, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Civil, data: 19/09/2011, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000HO5K0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3720923&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – M, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n. 2009.069339-0, de Blumenau, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Órgão Julgador: Sexta Câmara de Direito Civil, data: 21/11/2011, disponível em

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000FA9U0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3934807&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – N, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n.

2009.002422-7, de São José do Cedro, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil, data: 28/09/2011, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DCS90000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3762611&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – O, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n.

2010.073878-4, de Xaxim, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil, data: 18/05/2012, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000HI3R0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4450460&pdf=true>>. acesso em: 27 mai 2012.

BRASIL – P, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n.

2006.010497-3, de Garopaba, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Civil, data: 03/08/2010, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000838A0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2601023&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – Q, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n.

2010.053466-7, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, data: 17/12/2010, disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000GZ0I0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2971059&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – R, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Apelação Cível n.

2010.024279-5, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público, data: 28/07/2010, disponível em

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000G57A0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2595068&pdf=true>>, acesso em 27 de maio de 2012.

BRASIL – S, **Supremo Tribunal Federal**, Mandado de Segurança 22164 / SP - São Paulo, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 30/10/1995 Órgão Julgador:

Tribunal Pleno, disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%2822164%2e+ou+22164%2eacms%2e%29+%28%28celso+de+mello%29%2enorl%2e+ou+%28celso+de+mello%29%2enorv%2e+ou+%28celso+de+mello%29%2enora%2e+ou+%28celso+de+mello%29%2eacms%2e%29%28%40julg+%3e%3d+19950101%29%28%40julg+%3c%3d+19951231%29%28pleno%2esess%2e%29&base=baseacordaos>>, acesso em 26 de abril de 2012.

ANEXO(S)

ANEXO A - APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.011029-8.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO DURANTE TRABALHO DE PARTO. DANO MORAL. PERDA DO FILHO AOS TRÊS MESES DE VIDA POR COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE PARALISIA CEREBRAL. SÍNDROME HIPÓXICO-ISQUÊMICA PERINATAL CAUSADA POR ELEVADA DURAÇÃO DO TRABALHO DE PARTO. FATORES PERINATAIS IMPUTÁVEIS AOS RÉUS. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. JUSTA REPARAÇÃO DO PREJUÍZO SEM ACARRETAR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. COMPOSIÇÃO DO DANO PROPORCIONAL À OFENSA. CRITÉRIOS DA EXEMPLARIEDADE E DA SOLIDARIEDADE. QUANTIA FIXADA EM R\$ 100.000,00 (CEM MIL REAIS). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. I) Do dano moral Não há que se falar na falta de comprovação do dano quando o filho dos autores sofreu de complicações durante o parto, vindo a ser diagnosticado com edema cerebral difuso, o que acarretou, no seu breve tempo de vida, dependência de sua genitora em "todos os aspectos relacionados a suas atividades diárias". Por fim, veio a falecer. O respeito, a Jurisprudência deste Tribunal já delimitou que a atividade médica envolve o compromisso com a vida do paciente e com sua incolumidade física: "A atividade do profissional da saúde está diretamente ligada ao compromisso com a vida e a incolumidade das pessoas, redobrando sua responsabilidade em comparação a qualquer outra. Está implícito que tentar por todos os meios disponíveis salvar a vida ou promover a saúde é a regra, não a exceção. Assim, é imprescindível, que sejam realizados os exames e diagnósticos corretos, tomados os devidos cuidados ao prescrever os tratamentos e dar alta e medicação com prudência. Não há como diminuir a carga do risco criado pelo médico contra o qual ficou comprovado que não observou essas prerrogativas". (El n. 2001.016201-6, Rel. Des. Ruy Pedro Schneider, DJ de 12-6-2002). Restando comprovado que a síndrome que afetou o filho dos autores, denominada como hipóxico-isquêmica perinatal e caracterizada pela falta de oxigênio no sangue, tenha acarretado parada cardio-respiratória e paralisia cerebral, e sendo esta a causa mortis do infante depois de breves, mas árduos, 3 (três) anos de vida, existente o dano. Havendo prova do nexo causal entre o dano e a elevada duração do trabalho de parto, fato este imputável aos réus, a responsabilização depende da verificação

da culpa. A culpa, por seu turno, está materializada na omissão dos réus em buscar minimizar os fatores perinatais causadores do dano suportado pelo filho dos autores. Presentes os requisitos da responsabilização civil. II) Da fixação do quantum indenizatório "O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu. A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que este quantum deve ser arbitrado pelo juiz de forma a que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade. O dano imaterial, implica destacar que a indenização não visa reparar a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, haja vista serem valores inapreciáveis, o que não impede que se fixe um valor compensatório, com o intuito de suavizar o respectivo dano (STJ, Resp n. 785.835, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 2-4-2007). Do exposto, tenho por bem, em conformidade com o art. 944 do CC, fixar o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), como medida compensatória e ao mesmo tempo inibitória de novas atitudes reveladoras de descaso e desrespeito perante os consumidores/pacientes. (Apelação Cível n. 2009.011029-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio).

ANEXO B - APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.031338-3.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO. GESTANTE QUE, SOFRENDO FORTES DORES ABDOMINAIS, É ATENDIDA POR MÉDICO NO HOSPITAL E, APÓS ALGUNS EXAMES PRELIMINARES, É ENCAMINHADA PARA CASA. RETORNO DA PACIENTE POR MAIS DUAS VEZES, SENDO LIBERADA SEM A REALIZAÇÃO DE QUALQUER EXAME. MORTE DA PACIENTE E SEU BEBÊ CINCO DIAS DEPOIS DO PRIMEIRO ATENDIMENTO, DECORRENTE DO ERRO DE DIAGNÓSTICO. CONDUTA NEGLIGENTE COMPROVADA. PROCEDIMENTO INADEQUADO. DEVER DE INDENIZAR. "A atividade do profissional da saúde está diretamente ligada ao compromisso com a vida e a incolumidade das pessoas, redobrando sua responsabilidade em comparação a qualquer outra. Está implícito que tentar por todos os meios disponíveis salvar a vida ou promover a saúde é a regra, não a exceção. Assim, é imprescindível, que sejam realizados os exames e diagnósticos

corretos, tomados os devidos cuidados ao prescrever os tratamentos e dar alta e medicação com prudência. Não há como diminuir a carga do risco criado pelo médico contra o qual ficou comprovado que não observou essas prerrogativas". (El n. 2001.016201-6, Rel. Des. Ruy Pedro Schneider, DJ de 12-6-2002). Nesse sentido, age com culpa e tem o dever de indenizar o médico e a instituição hospitalar que procede de maneira negligente ao não investigar com maior cautela a paciente, não vislumbrando a exata extensão do problema, qual seja, infecção urinária, tendo como consequência a morte da gestante e seu recém-nascido. Tal evento poderia ter sido evitado por meio de realização de exames técnicos, capazes de evidenciar o real problema da paciente, afastando juízos de mera probabilidade e alicerçando o melhor tratamento a ser adotado.

DANO MORAL. MORTE DA MÃE E IRMÃO RECÉM-NASCIDO DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRESUNÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

"A morte de ente querido é causa de abalo moral e intenso sofrimento para os familiares, em particular para os mais próximos (cônjuge supérstite, filhos e genitores), fazendo mister a sua compensação pecuniária em sintonia com a extensão do dano, grau de culpa e capacidade econômica das partes, não devendo acarretar enriquecimento da vítima e empobrecimento do ofensor, servindo a providência como medida de caráter pedagógico, punitivo e profilático inibidor". (AC n. 2001.009709-5, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, DJ de 8-5-2007). Assim, comprovada a existência de ato ilícito decorrente da negligência do médico-réu, que poderia e deveria agir com as devidas cautelas, atento ao estado de saúde da paciente e depreendendo os esforços possíveis para sua recuperação, inegável a existência de abalo moral decorrente da perda de um ente querido, principalmente porque a autora tratava-se, na época, de uma criança de 4 (quatro) anos de idade, que ainda por muito tempo teria a companhia da sua jovem mãe, que não época do evento tinha 19 (dezenove) anos.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MORTE DA MÃE E IRMÃO RECÉM-NASCIDO DA AUTORA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. AFERIÇÃO POR ARBITRAMENTO E VALORAÇÃO DO JUIZ. FIXAÇÃO NO VALOR DE DUZENTOS E TRINTA MIL REAIS.

"Deve o julgador, quando da fixação da condenação decorrente de danos morais com caráter reparatório, educativo e punitivo, sopesar a condição socioeconômica dos envolvidos, a intensidade da culpa despendida para o evento e

a gravidade do dano acarretado". (AC n. 2002.011451-6, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 9-8-2006). Transpondo esses critérios para o caso concreto, verificando a gravidade do dano (falecimento da mãe e irmão recém-nascido da autora), as partes envolvidas (fundação hospitalar e médico), e a intensidade da culpa (falta de diligência), a indenização do dano moral deve ser majorada, devendo os réus (médico e hospital) arcarem, solidariamente, com R\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais), a título de indenização por danos morais, e até que a autora complete 25 (vinte e cinco) anos de vida, de pensão mensal. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DILIGÊNCIA DO ADVOGADO NO PROCESSO. FIXAÇÃO EM VINTE POR CENTO SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. "Os honorários advocatícios fixados no patamar de vinte por cento sobre o valor da condenação não se mostra exagerada se o advogado foi diligente no processo, comparecendo a todos os atos processuais, tais como à audiência designada, formulou perguntas pertinentes e apresentou, além da petição inicial, impugnação à contestação, alegações finais e contra-razões". (AC n. 2001.019487-2, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 12-8-2008). RECURSO ADESIVO. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. MÉDICO QUE ATUA DENTRO DA INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. PREFACIAL REJEITADA. "Correta a decisão do juízo a quo ao manter o hospital no pólo passivo da lide, uma vez que é ele quem seleciona todos quantos integram os quadros de atendimento aos pacientes e é o responsável, de forma solidária, pelos atos culposos praticados em seu interior". (AC n. 2000.012217-3, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 6-12-2007). "Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado nesse cenário não repercute na identificação da responsabilidade do hospital. 2. Recurso especial conhecido e provido". (STJ - REsp. n. 400.843/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 18-4-2005). (Apelação Cível n. 2006.031338-3, de Concórdia, rel. Des. Carlos Prudêncio).

ANEXO C - APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.058289-5.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PROVA PERICIAL ATESTANDO QUE A TÉCNICA UTILIZADA É EXCEPCIONAL. ATIVIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE LIGADA COM O COMPROMISSO COM A VIDA. ERRO INESCUSÁVEL POR DESCONHECIMENTO DA ARTE MÉDICA E DO PRÓPRIO MISTER. FALTA DE ZELO PROFISSIONAL AO CONCEDER ALTA MÉDICA A PACIENTE COM QUADRO SOCIAL E CLÍNICO DE RISCO. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. PERDA DA FUNÇÃO DE GERAR FILHOS. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R\$ 120.000,00. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO NAS DESPESAS COM O TRATAMENTO. DANO MORAL E ESTÉTICO DECORRENTES DOS EFEITOS DOS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS REALIZADOS APÓS A ALTA MÉDICA EM 12-8-2001. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Trata-se de recurso de apelação cível contra sentença proferida nos autos da ação de indenização por erro médico c/c danos morais e materiais movida por Mara Aliny Terra Valindolfo em face de Paulo Roberto Gonçalves do Nascimento, na qual julgou-se improcedente o pedido da autora sob o fundamento de que o dano alegado efetivamente ocorreu, porém não restou configurada a culpa do réu quando da escolha da técnica da curetagem para retirar o feto ou no acompanhamento e condução da gestação da autora. Eis, os fatos incontroversos. A autora Mara Aliny Terra Valindolfo em sua primeira gravidez, procurou o réu Paulo Roberto Gonçalves do Nascimento, médico especialista em ginecologia e obstetrícia para realizar seu pré-natal. Hipertensa, alega que teve a medicação controladora desta enfermidade suspensa pelo réu. Passados alguns meses a autora começou a passar mal, com inchaço e sangramento. No transcurso da gravidez ficou internada de 8-8-2001 a 12-8-2001, data em que recebeu alta. Após nova crise hipertensiva, a autora passou por consulta com o réu, momento em que este pediu exames para se certificar do estado do feto. Após a entrega dos resultados, o réu diagnosticou a morte do feto e resolveu internar a autora para retirada do mesmo com a técnica da curetagem. A aplicação da técnica foi antecedida de conversa com os familiares da autora. Realizada a curetagem às 16 hs, no mesmo dia às 18 hs, ainda internada a autora sentiu dores abdominais, vindo a inchar e entrar em coma, o réu diante do quadro

resolveu encaminhar a paciente para outro estabelecimento de saúde mais bem equipado e ele mesmo realizar cirurgia de urgência, pois diagnosticada hemorragia interna. O réu aplicou a técnica da histerectomia, retirando o útero da paciente. Após esta cirurgia a autora foi encaminhada para a UTI, lá permanecendo durante 19 (dezenove) dias. A autora passou por colostomia (comunicação cirurgicamente construída entre o intestino e o meio exterior), por várias cirurgias reparadoras e ficou com o corpo marcado por estrias e cicatrizes. Postula a autora indenização pelos danos morais e materiais em virtude da redução da capacidade para o trabalho, da morte do seu filho, da sua esterilidade, das despesas médicas com tratamentos e cirurgias reparadoras já realizadas e as necessárias à restituição da sua compleição física. Compulsando os autos da ação de indenização por erro médico c/c danos morais e materiais (n. 016.01.003141-9), bem como os autos da medida cautelar de antecipação de provas (n. 016.01.003062-5), verifica-se que foram produzidas prova pericial, testemunhal e documental. A prova pericial foi produzida em sede de medida cautelar de antecipação de provas, a saber laudo médico elaborado pela médica ginecologista e obstetra Carmen Lúcia Villarino - CRM sob n. 6.051 - em resposta aos quesitos formulados pelas partes e com acompanhamento do assistente técnico do réu, o médico cirurgião plástico Luiz Fernando Iglesias - CRM n. 7480. A perita ouvida foi enfática ao relatar que após a curetagem com perfuração uterina a "histerectomia é excepcional" (fl. 101). Assim sendo, há forte indício de que a técnica escolhida pelo réu não é a usual, dentro do quadro clínico apresentado. O dano advindo da retirada do útero da autora (histerectomia) foi comprovado nos autos, inclusive na prova pericial. Ademais, há de se afastar a hipótese de erro profissional ou escusável, pois este é o que "resulta da incerteza ou da imperfeição da arte e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita" (Rui Stocco, Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 558). Há erro inescusável por imperícia do profissional médico "por inadmissível desconhecimento da arte médica e do próprio mister a que se dedica, raiando esse procedimento ao erro grosseiro, tal procedimento traduz e se transfunde em proceder culposos e que obriga a que se indenize a vítima." (Rui Stocco, Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 559). Colhe-se da Jurisprudência deste Tribunal, julgado sobre o amplo grau de responsabilidade no exercício do dever médico: "A atividade do profissional da saúde está diretamente ligada ao compromisso com a

vida e a incolumidade das pessoas, redobrando sua responsabilidade em comparação a qualquer outra. Está implícito que tentar por todos os meios disponíveis salvar a vida ou promover a saúde é a regra, não a exceção. Assim, é imprescindível, que sejam realizados os exames e diagnósticos corretos, tomados os devidos cuidados ao prescrever os tratamentos e dar alta e medicação com prudência. Não há como diminuir a carga do risco criado pelo médico contra o qual ficou comprovado que não observou essas prerrogativas". (EI n. 2001.016201-6, Rel. Des. Ruy Pedro Schneider, DJ de 12-6-2002). Ocorre falta de zelo profissional ensejador de responsabilização quando sabendo que no início da gestação, a paciente não tomava os medicamentos para controlar hipertensão, que não retorna no tempo correto para as consultas e que mora em localidade distante do estabelecimento de saúde, o médico não opta pelo acompanhamento mais de perto da situação, prescrevendo mais dias de internação. Conforme demonstrou em fl. 97, o réu era conhecedor da prática de pessoas do meio rural, (contexto social no qual a autora se inseria) de suspender todo e qualquer tipo de medicamento no transcurso da gravidez. Posto isso, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para condenar o réu no pagamento de danos morais pela perda da função de gerar filhos arbitrados em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), atualizados monetariamente desde a data da histerectomia e acrescidos de juros moratórios (Súmulas STJ n. 54 e 362), pagamento dos danos materiais com internação, medicamentos e demais, atualizados monetariamente a partir da data do dispêndio, pagamento de dano estético e moral pelas consequências advindas dos eventos cirúrgicos realizados após a primeira internação por pré-eclâmpsia, os quais arbitro em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) acrescidos de juros moratórios e atualizados monetariamente a partir da alta médica concedida em 12-8-2001 (Súmulas STJ n. 54 e 362). Condeno o réu no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da ação, corrigidos monetariamente. (Apelação Cível n. 2007.058289-5, de Capinzal, rel. Des. Carlos Prudêncio).

ANEXO D - APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.018586-3.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO AJUIZADA CONTRA MÉDICA E HOSPITAL. GRAVIDEZ. SOFRIMENTO FETAL.

ÓBITO DE RECÉM-NASCIDO POR INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA DECORRENTE DE ASPIRAÇÃO DE LÍQUIDO MECONIAL. MÉDICA QUE, MESMO TENDO A INFORMAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE MECÔNIO NO LÍQUIDO AMNIÓTICO, OPERA PROCEDIMENTO PADRÃO SEM SE ATENTAR A ESPECIFICAÇÃO DO CASO. CONDUTA NEGLIGENTE COMPROVADA. PROCEDIMENTO INADEQUADO. DEVER DE INDENIZAR. "A atividade do profissional da saúde está diretamente ligada ao compromisso com a vida e a incolumidade das pessoas, redobrando sua responsabilidade em comparação a qualquer outra. Está implícito que tentar por todos os meios disponíveis salvar a vida ou promover a saúde é a regra, não a exceção. Assim, é imprescindível, que sejam realizados os exames e diagnósticos corretos, tomados os devidos cuidados ao prescrever os tratamentos e dar alta e medicação com prudência. Não há como diminuir a carga do risco criado pelo médico contra o qual ficou comprovado que não observou essas prerrogativas". (El n. 2001.016201-6, Rel. Des. Ruy Pedro Schneider, DJ de 12-6-2002). Nesse sentido, age com culpa e tem o dever de indenizar a médica e a instituição hospitalar que procede de maneira negligente ao não investigar com maior cautela a paciente, não vislumbrando a exata extensão do problema, qual seja, ocorrência de líquido meconial, tendo como consequência a morte do recém-nascido. DANO MORAL. MORTE DO FILHO RECÉM-NASCIDO DOS AUTORES DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRESUNÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. "A morte de ente querido é causa de abalo moral e intenso sofrimento para os familiares, em particular para os mais próximos (cônjuge supérstite, filhos e genitores), fazendo mister a sua compensação pecuniária em sintonia com a extensão do dano, grau de culpa e capacidade econômica das partes, não devendo acarretar enriquecimento da vítima e empobrecimento do ofensor, servindo a providência como medida de caráter pedagógico, punitivo e profilático inibidor". (AC n. 2001.009709-5, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, DJ de 8-5-2007). Assim, comprovada a existência de ato ilícito decorrente da negligência da médica-ré, que poderia e deveria agir com as devidas cautelas, atento ao estado de saúde da paciente e depreendendo os esforços possíveis para contornar o problema, inegável a existência de abalo moral decorrente da perda de um ente querido, principalmente de um, filho recém-nascido. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO. PECULIARIDADES DO CASO

CONCRETO. MORTE DO FILHO RECÉM-NASCIDO DOS AUTORES. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. AFERIÇÃO POR ARBITRAMENTO E VALORAÇÃO DO JUIZ. FIXAÇÃO NO VALOR DE SESSENTA MIL REAIS. "Deve o julgador, quando da fixação da condenação decorrente de danos morais com caráter reparatório, educativo e punitivo, sopesar a condição socioeconômica dos envolvidos, a intensidade da culpa despendida para o evento e a gravidade do dano acarretado". (AC n. 2002.011451-6, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 9-8-2006). Transpondo esses critérios para o caso concreto, verificando a gravidade do dano (falecimento do filho recém-nascido dos autores), as partes envolvidas (função hospitalar e médica), e a intensidade da culpa (falta de diligência), a indenização do dano moral deve ser fixada em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), devendo os réus (médica e hospital) arcarem, solidariamente, com tal valor. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DILIGÊNCIA DO ADVOGADO NO PROCESSO. FIXAÇÃO EM VINTE POR CENTO SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. "Os honorários advocatícios fixados no patamar de vinte por cento sobre o valor da condenação não se mostra exagerada se o advogado foi diligente no processo, comparecendo a todos os atos processuais, tais como à audiência designada, formulou perguntas pertinentes e apresentou, além da petição inicial, impugnação à contestação, alegações finais e contra-razões". (AC n. 2001.019487-2, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 12-8-2008). (Apelação Cível n. 2006.018586-3, de Porto União, rel. Des. Carlos Prudêncio).

ANEXO E - APELAÇÃO CÍVEL N. 2008.077442-2.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. ATENDIMENTO DE GESTANTE EM POSTO DE SAÚDE. PROCESSO ABORTIVO EM ANDAMENTO. DETERMINAÇÃO TÃO SÓ DE REPOUSO PARA A PACIENTE. CONSUMAÇÃO DO ABORTO EM VASO SANITÁRIO. ATITUDE NEGLIGENTE DO PROFISSIONAL ATENDENTE. FALTA DE PROVA DE ENCAMINHAMENTO DA GESTANTE A HOSPITAL. CULPA EVIDENCIADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. SOLIDARIEDADE DO MÉDICO, DO MUNICÍPIO E DA EMPRESA CONVENIADA PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FIXAÇÃO DO QUANTUM A TEOR DO PRIMADO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MARCO INAUGURAL DE FLUÊNCIA DA CORREÇÃO

MONETÁRIA E DOS JUROS MORATÓRIOS A CONTAR DO ARBITRAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR DA CONDENAÇÃO, LIMITE USUALMENTE PRATICADO POR ESTE SODALÍCIO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. I. "A responsabilidade dos profissionais da área médica, assim como dos dentistas e veterinários, é regida pela cláusula geral que impõe a todos o dever de não causar danos, estabelecida no art. 186 do CC, em conexão com a norma especial do art. 951 do mesmo Estatuto. Esse entendimento é reafirmado pelo disposto no art. 14, § 4º, do CDC. De sorte que só por dolo ou culpa esses profissionais poderão ser responsabilizados quando do exercício de sua profissão" (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 562). Assim, ressaído do conjunto probatório os pressupostos matizadores da responsabilidade civil, notadamente o elemento subjetivo culpa stricto sensu, na modalidade negligência, no agir do médico demandado, que, devendo, pela urgência da situação, promover o encaminhamento da gestante, em processo abortivo, ao Hospital Regional de Rio do Sul, recomendou mero repouso, exsurge o dever de indenizar em razão do aborto que veio a consumir-se, em vaso sanitário, momentos após o atendimento feito em posto de saúde. II. "Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam" (REsp n. 138059/MG, rel. Min. Ari Pargendler), razão por que, além do médico atendente, tanto a Municipalidade ré, mantenedora do posto de saúde, como a empresa conveniada, prestadora de serviço ao posto de saúde do Município, hão de ser solidariamente responsabilizadas pelos danos sofridos pela paciente. III. Sopesando-se variáveis tais como culpa do acionado, nível socioeconômico das partes, consequências do ato ilícito e visando a que casos assim sejam cada vez menos ocorrentes, o quantum indenizatório deve louvar-se no binômio razoabilidade e proporcionalidade, estipulando-se valor que, a um só tempo, não sirva de lucro à vítima, nem tampouco desfalque o patrimônio do lesante, mostrando-se apto a compor, na justa medida, o gravame sofrido, com o sentido compensatório e punitivo que dele se exige, pelo que, na espécie, deve ser fixado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para a autora e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o autor. IV. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento." (Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça), o mesmo sucedendo com os juros de mora, estes por força de entendimento pacificado no âmbito deste

órgão ancilar. V. A alteração sofrida pelo art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, mercê da redação dada pela Lei n. 11.960/09, versando critérios de atualização monetária e de quantificação dos juros incidentes sobre as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, tem, por aplicação analógica de recente decisão da Suprema Corte, incidência imediata a partir da data em que começou a vigor o reportado édito (30.6.2009). VI. Esta Corte tem entendimento sedimentado no sentido de que, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deve situar-se no patamar de 10% (dez por cento) do valor da condenação. (Apelação Cível n. 2008.077442-2, de Rio do Oeste, rel. Des. João Henrique Blasi).

ANEXO F - APELAÇÃO CÍVEL N. 2008.009904-9.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PACIENTE QUE RECEBE ATENDIMENTO EM HOSPITAL PÚBLICO, EM VIRTUDE DE ENTORSE NO TORNOZELO. EVOLUÇÃO DO EDEMA. TROMBOSE E NECROSE. NECESSIDADE DE AMPUTAÇÃO DA PERNA. ATRASO NO DIAGNÓSTICO. ERRO MÉDICO VERIFICADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. MANUTENÇÃO. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS. ENCARGOS LEGAIS. ADEQUAÇÃO EM SEDE DE REMESSA. DANOS MATERIAIS. INCIDÊNCIA DO INPC DESDE O DESEMBOLSO ATÉ A CITAÇÃO, A PARTIR DE QUANDO SERÃO APLICADOS TAMBÉM OS JUROS DE MORA DE 6% AO ANO. INCIDÊNCIA, A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, DA SELIC. POR FIM, DEVE SER APLICADA A ATUAL REDAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI N.º 9.494/97, ALTERADA PELA LEI N.º 11.960/2009. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA ATÉ A CONDENAÇÃO, TENDO EM VISTA O CARÁTER SUBJETIVO DO DANO MORAL. APLICAÇÃO A PARTIR DO ARBITRAMENTO. INDEXADOR. SELIC E, APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.960/09, ÍNDICES PREVISTOS NA REDAÇÃO ATUAL DO ART. 1º-F DA LEI N.º 9.494/97. Cuidando-se de erro médico, responde subjetivamente o médico responsável, e o hospital, assim como o ente mantenedor, de modo objetivo (STJ, REsp 1.184.128/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti). Compete ao autor, dessa forma, a prova dos requisitos que ensejam a obrigação de reparar.

Evidenciados, exsurge o dever de indenizar. (Apelação Cível n. 2008.009904-9, de Joinville, rel. Des. Ricardo Roesler).

ANEXO G - APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.053398-8.

APELAÇÕES CÍVEIS. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DE PROFISSIONAL LIBERAL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NEXO CAUSAL ENTRE OS DANOS E A CONDUTA DO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMPROVADO. NEXO CAUSAL EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE FALHA. DA INSTRUMENTADORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CHEFE DA EQUIPE MÉDICA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. DISCUSSÃO ACERCA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR REDUZIDO. PLEITO DE REDISTRIBUIÇÃO DO PAGAMENTO EM VIRTUDE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CHEFE DE EQUIPE MÉDICA NEGADO. SENTENÇA AJUSTADA NO VALOR. RECURSO DOS REQUERIDOS PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.053398-8, de Concórdia, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior).

ANEXO H - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.080890-2.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. - CULPA E DANOS MATERIAIS NÃO DEVOLVIDOS. - DANO MORAL. QUANTUM. MINORAÇÃO. DESCABIMENTO. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. - JUROS DE MORA. RELAÇÃO CONTRATUAL. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Assenta-se a culpa do profissional da Medicina e o estipulado acerca dos danos materiais se o recurso interposto não devolve essas temáticas ao Tribunal. - A indenização por danos morais deve considerar, além da extensão do dano e o grau de culpa do ofensor, os propósitos pedagógico, inibitório e reparador da verba, a fim de que reste proporcional. Observadas essas balizas, não há se falar em minoração. - Os juros de mora, em indenização por erro médico, incidem a partir da citação. (STJ, REsp 2007/0256163-3, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, j. 23-3-2010), porquanto

relação considerada contratual. (Apelação Cível n. 2010.080890-2, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior).

ANEXO I - APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.069339-0.

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. FRAGMENTO METÁLICO DEIXADO NO SEIO DA PACIENTE. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A ILEGITIMIDADE DO HOSPITAL BEM COMO JULGOU IMPROCEDENTE A DEMANDA. INSURGIMENTO DA AUTORA. MÉDICO QUE NÃO FAZ PARTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL. DANOS OCASIONADOS EXCLUSIVAMENTE DA CONDUTA DO MÉDICO. MANUTENÇÃO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIAS CONFIGURADAS. AUSÊNCIA DE EXAMES APÓS O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CONDUTA QUE SE EXIGIA NA ESPÉCIE. CULPA EVIDENCIADA. SUBMISSÃO A NOVA CIRURGIA PARA RETIRADO DO "CORPO ESTRANHO". DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ESTIPULADO EM R\$15.000,00 (...). VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL A SUAUIZAR O SOFRIMENTO DA PACIENTE. CARÁTER PEDAGÓGICO DA PUNIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2009.069339-0, de Blumenau, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer).

ANEXO J - APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.002422-7.

ERRO MÉDICO. CIRURGIA PARA IMPLANTE DE PRÓTESE DE QUADRIL. MORTE POR CHOQUE HIPOVOLÊMICO E EMBOLIA PULMONAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO DEMANDADO. AGRAVO RETIDO. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO ESPÓLIO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDIVIDUAL DOS SUCESSORES. Conquanto a inventariante deva representar o espólio, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele (art. 991, inciso I, do CPC), sua atuação fica restrita às ações que se referem aos direitos que envolvem o próprio acervo patrimonial. Tratando-se, portanto, de ação indenizatória por ato ilícito em função de morte do patriarca, a legitimidade ativa é conferida aos herdeiros, pois o abalo integra o patrimônio moral

e individual de cada sucessor, e não o conjunto de bens ou direitos deixados pelo de cujus. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. Aos atos dos médicos aplica-se a teoria clássica que instituiu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, o que torna imprescindível para haver condenação a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre o dano e a conduta ilícita. ARTROPLASTIA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. Ao realizar a artroplastia de quadril (implante de prótese), o médico não se compromete com a cura do mal (artrose), mas, antes, com a utilização de toda a técnica disponível para a realização do procedimento de forma esmerada, para melhorar a qualidade de vida do paciente ao reestabelecer sua articulação coxo-femoral. COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA EM FUNÇÃO DE CORTE DA ARTÉRIA FEMORAL SEGUIDA DE HIPOTENSÃO ARTERIAL E FORTE HEMORRAGIA. QUADRO CLÍNICO NÃO RESTAURADO. ARTROPLASTIA NÃO PARALISADA. CHOQUE HIPOVOLÊMICO QUE ANTECEDE EMBOLIA PULMONAR. LAUDO PERICIAL QUE DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A CAUSA DA MORTE DECLARADA (EMBOLIA PULMONAR) E O CHOQUE HIPOVOLÊMICO. IMPERÍCIA VERIFICADA. DEVER DE INDENIZAR QUE SE FAZ PRESENTE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE SOLICITAÇÃO DE EXAMES PRÉ-OPERATÓRIOS. NEGLIGÊNCIA CONCOMITANTE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA. Ainda que se considere que a causa da morte - embolia pulmonar - do paciente que se submete ao procedimento de artroplastia diverge da falha médica verificada na hipótese concreta - choque hipovolêmico em virtude de um corte na artéria femoral -, se o laudo pericial demonstrar que há nexo de causa entre a imperícia e o óbito demonstrando, inclusive, que não houve qualquer procedimento médico a fim de evitar a consequência danosa, inarredável o dever de indenizar do profissional médico que, por sua vez, peca por imperícia no desenvolvimento de sua arte e negligência na sua conduta. JUROS DE MORA. DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA É CONSTITUTIVA E QUE O CULPADO, JUSTO POR ISTO, NÃO PODE SER CONSIDERADO EM MORA ANTES DE DECISÃO QUE LHE IMPÕE O DEVER DE INDENIZAR. INADMISSIBILIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 54 DO STJ IGUALMENTE AFASTADO. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE QUE GUARDA RELAÇÃO EMINENTEMENTE CONTRATUAL. Apesar da responsabilidade civil médica figurar dentro do tema dos atos ilícitos, a natureza

da relação médico-paciente é contratual e os juros de mora, portanto, fluem a partir da citação, nos termos do que dispõe o art. 405 do Código Civil. AGRADO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação Cível n. 2009.002422-7, de São José do Cedro, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

ANEXO K - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.073878-4.

ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR ABALO MORAL LAQUEADURA DE TROMPAS REALIZADA POR OCASIÃO DA SEGUNDA CIRURGIA CESÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO MÉDICO SUPPLICADO. AGRADO RETIDO. DECURSO DO LAPSO TEMPORAL PRESCRICIONAL REGULADO PELO CDC, E NÃO PELA LEGISLAÇÃO CIVIL. A natureza da relação estabelecida entre o profissional da área médica e o paciente é, nitidamente, de consumo e, desse modo, o prazo prescricional para se propor demanda de indenização por erro médico é regulado pelo CDC, e não pela Legislação Civil comum. MARCO INICIAL QUE FLUI A PARTIR DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO DANO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. O lapso extintivo da pretensão corre do exato momento que o titular do direito poderia reclamar contra a situação causadora do prejuízo, ou seja, da ciência inequívoca da ocorrência do dano. MÉRITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. Aos atos dos médicos aplica-se a teoria clássica que instituiu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, o que torna imprescindível para haver condenação a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre o dano e a conduta ilícita. LAQUEADURA DE TROMPAS EFETUADA APÓS A REALIZAÇÃO DA SEGUNDA CESARIANA DA AUTORA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO LEGAL, VERBAL OU EXPRESSO. ATO ILÍCITO VERIFICADO. Comete ato ilícito o médico que, sem autorização legal, seja ela expressa ou verbal, promove laqueadura de trompas na mulher após a realização da cirurgia de cesárea. QUANTUM EXCESSIVO. REDUÇÃO IMPERATIVA. O quantum indenizatório deve atender, com a maior exatidão possível, os objetivos da paga pecuniária, quais sejam, compensar a vítima sem, no entanto, dar margem ao enriquecimento ilícito, e admoestar o agente causador do dano, para que não pratique mais atos de idêntica natureza. AGRADO RETIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE

PROVIDA. (Apelação Cível n. 2010.073878-4, de Xaxim, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

ANEXO L - APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.010497-3.

Apelação cível. Ação de indenização. Erro médico. Alegados prejuízos (morais e materiais) provocados, com ácido, em procedimento de cauterização para retirada de verrugas no órgão genital. Pretensão recebimento de lucros cessantes. Sentença de procedência, em parte. Insurgência da parte demandada (médico e clínica). Responsabilidade subjetiva do profissional liberal. Negligência evidenciada pelo descuido na utilização da substância. Ato que provocou queimadura e irritação na pele do autor. Conduta culposa verificada. Responsabilidade objetiva e solidária do estabelecimento. Obrigação de indenizar caracterizada. Dano moral que, no caso, prescinde de comprovação. Condenação devida. Critérios de fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Quantum minorado. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido, em parte. (Apelação Cível n. 2006.010497-3, de Garopaba, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva).

ANEXO M - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.053466-7.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO - FETO CONSIDERADO GIGANTE PARA A IDADE GESTACIONAL - OCORRÊNCIA DE COMPLICAÇÃO OBSTÉTRICA DENOMINADA "DISTÓCIA DO OMBRO", CONSISTENTE NO ENCRAVAMENTO DOS OMBROS DO FETO NO CANAL DE PARTO - LESÃO MEDULAR PROVOCADA NO AUTOR DURANTE O PARTO NORMAL em razão da extração forçada - SEQUELAS IRREVERSÍVEIS E PERMANENTES NO MEMBRO SUPERIOR DIREITO - NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS PERMANENTES - NEGLIGÊNCIA MÉDICA CONFIGURADA - MATERNIDADE ADMINISTRADA PELO ESTADO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - DANO MORAL CONFIGURADO - MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO, EIS QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO À REPARAÇÃO DO DANO - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE

E DE PROPORCIONALIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO A PARTIR DO ARBITRAMENTO - TAXA SELIC - ÍNDICE QUE ENGLOBA TANTO O FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA QUANTO OS JUROS MORATÓRIOS - PENSÃO MENSAL DE DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS - INCAPACIDADE PERMANENTE DO MENOR - VALOR QUE SE MOSTRA ADEQUADO AO CASO - TERMO INICIAL - DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARÁ 14 ANOS - TERMO FINAL - VITALICIEDADE - MANUTENÇÃO DA DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE TODAS AS DESPESAS NECESSÁRIAS PARA O TRATAMENTO DA VÍTIMA - ART. 949 DO CÓDIGO CIVIL - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO VOLUNTÁRIO DO ESTADO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS. "Se a responsabilidade civil dos médicos que prestam serviços em Hospital e/ou maternidade administrada pelo Estado de Santa Catarina é subjetiva, porque depende da comprovação de sua culpa, aqui configurada pela negligência, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público é objetiva, pelos atos danosos de seus agentes, tanto em face da legislação civil (art. 932, inciso III, do Código Civil de 2002, reproduzindo o art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916), como diante do que prescreve o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: 'as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa' (Apelação cível n. 2007.056648-2, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 16.04.2009). É dever dos entes públicos manter seus hospitais em condições de atender com qualidade os administrados que os procuram, com uma estrutura mínima e com profissionais habilitados para tanto. Havendo negligência por parte de seus prepostos, o dever de indenizar é medida que se impõe. "O valor a título de indenização por danos morais deverá ser fixado pelo magistrado com prudente arbítrio, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, para assegurar, com razoabilidade e proporcionalidade, a justa reparação do prejuízo e dar um conforto material aos familiares do ofendido morto, sem proporcionar-lhes enriquecimento sem causa, nem menosprezar o caráter punitivo e a finalidade de coibir novos abusos de parte do ofensor. Considerando que o arbitramento do respectivo quantum é aleatório, porque não tem base financeira ou econômica própria, levam-se em conta os aspectos sociais, culturais e econômicos das partes, o grau da culpa do ofensor e a extensão do dano provocado" (Apelação cível n. 2003.024716-5, da Capital, rel.

Des. Jaime Ramos, j. 16.02.2004). Considerando as circunstâncias acima esposadas, o valor inicialmente fixado pelo juízo a quo com relação ao dano moral sofrido (R\$ 200.000,00) não se mostra excessivo diante do sofrimento experimentado pelo suplicante, razão pela qual deve ser mantido. A partir da fixação da verba indenizatória, de acordo com o art. 406, do Código Civil, deve incidir a Taxa SELIC, como único indexador, que compreende tanto juros de mora, como correção monetária. "É devida pensão ao menor que sofre redução da capacidade laboral em decorrência de acidente a partir da data em que completa quatorze anos" (REsp 761.265/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 10/06/2010). "No tocante ao termo final, a pensão foi fixada em caráter vitalício, justamente porque no presente caso não se pode presumir que a partir de determinada idade seu beneficiário não mais necessite da remuneração, pois conforme o demonstrado acima ao apelado sobrevieram sinais de demência. Dessa forma, desacolhem-se as pretensões da apelante de redução do limite temporal do pagamento da pensão vitalícia para 65 anos" (Apelação cível n. 2004.017767-4 e n. 2004.017766-6, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, de Blumenau, j. 17.09.2009). (Apelação Cível n. 2010.053466-7, da Capital, rel. Des. Cid Goulart).

ANEXO N - APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.024279-5.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO - BEBÊ SAUDÁVEL SUBMETIDO A PROCEDIMENTO CIRÚRGICO QUE LHE CAUSOU LESÕES FÍSICAS E MENTAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E SUBJETIVA DOS MÉDICOS - NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENTE - AUSÊNCIA DA CULPABILIDADE DOS LITISDENUNCIADOS - DEVER EXCLUSIVO DO ENTE PÚBLICO EM INDENIZAR - DANOS MORAIS - MINORAÇÃO DEVIDA - DANOS MATERIAIS - PREJUÍZOS FUTUROS - PAGAMENTO DE TODAS AS DESPESAS NECESSÁRIAS PARA O TRATAMENTO DA VÍTIMA - PENSÃO MENSAL DE 03 SALÁRIOS MÍNIMOS - INCAPACIDADE PERMANENTE DO MENOR - TERMO INICIAL - DATA EM QUE ESTE COMPLETARIA 14 ANOS - TERMO FINAL - VITALICIEDADE. Ao caso concreto, para responsabilizar os litisdenunciados pelo evento danoso, era dever do Estado de Santa Catarina comprovar que os agentes públicos agiram com dolo ou culpa médica no ato cirúrgico que viera a causar danos

para o autor da demanda. O que não desimcumbiu do desiderato proposto. Pelo caderno processual, o que se sabe ao certo é que a criança estava sadia anteriormente ao ato, retornando do centro cirúrgico com diversas sequelas motoras e mentais. Assim sendo, presente está o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, devendo o Estado de Santa Catarina ser responsabilizado pelo ocorrido. Como não há critérios objetivos que definam o quantum indenizatório pelos danos morais sofridos, tal deliberação fica submetida ao prudente arbítrio do juiz que deverá levar em conta as circunstâncias do caso, a gravidade da ofensa e a situação econômica das partes, afastando a possibilidade do enriquecimento sem causa da vítima. Nestes termos, minora-se a quantia de 1.000.000,00 (um milhão de reais) fixados em primeiro grau, para a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). "Tendo sido comprovada a necessidade de realização de cirurgias futuras e devendo ser a reparação de danos a mais completa possível, é autorizado ao julgador determinar indenização, cujo quantum deverá ser estabelecido em liquidação de sentença, a fim de recompor prejuízo vindouro. (AC n. 2004.032863-2, de Pinhalzinho. Relator: Des. Volnei Carlin, julgado em 18/08/2005); "É devida pensão ao menor que sofre redução da capacidade laboral em decorrência de acidente a partir da data em que completa quatorze anos.(REsp 761.265/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 10/06/2010). "No tocante ao termo final, a pensão foi fixada em caráter vitalício, justamente porque no presente caso não se pode presumir que a partir de determinada idade seu beneficiário não mais necessite da remuneração, pois conforme o demonstrado acima ao apelado sobrevieram sinais de demência. Dessa forma, desacolhem-se as pretensões da apelante de redução do limite temporal do pagamento da pensão vitalícia para 65 anos." (AC n. 2004.017767-4 e n. 2004.017766-6, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, de Blumenau, julgado em 17/09/2009). CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - DANOS MORAIS - INCIDENTES DESDE O ARBITRAMENTO - PENSÃO MENSAL - APLICAÇÃO A CONTAR DO VENCIMENTO DE CADA UMA DAS PRESTAÇÕES - TAXA DE 6% AO ANO ATÉ O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL , INCIDINDO CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC - APÓS, APLICAÇÃO DA TAXA SELIC . "Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência

de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça." (AC n. 2009.018696-7, rel. Des. Newton Janke, de Capinzal). "Os juros legais de mora referentes à pensão mensal por morte, nas ações indenizatórias, correrão a partir do vencimento de cada uma das prestações, não se podendo aplicá-los de uma só vez, desde a data do evento ilícito, já que as parcelas só vencem a cada mês, posteriormente." (Apelação cível n. 2006.040952-9, de Içara, relator o desembargador Jaime Ramos, j. em 4.11.2007). O termo inicial de incidência da correção monetária para as prestações da pensão alimentícia é a data do vencimento de cada uma delas, momento em que se fizeram devidas. "Na atualização dos valores devidos em decorrência de indenização por ato ilícito, deve ser aplicada, a partir da entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 - Código Civil -, nos termos do seu art. 406, a Taxa Selic, que compreende tanto os juros de mora como o fator de correção monetária." (AC n. 2007.015998-8, rel. Des. Luiz César Medeiros, de Orleans, julgado em 30/07/2007). ÔNUS SUCUMBENCIAIS - AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - VERBETE N. 326 DA SÚMULA DO STJ - ESTADO ISENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - ART. 35, H, DA LCE 156/97 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MINORADOS - 5% SOBRE O TOTAL DA CONDENAÇÃO - SOMA DOS DANOS MORAIS E DAS PARCELAS VENCIDAS E 12 PRESTAÇÕES DAS VINCENDAS. De acordo com o verbete n. 326, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o requerente ter postulado indenização por dano moral em valor superior ao concedido pelo Poder Judiciário, não acarreta sucumbência recíproca. Em se tratando de indenização por ato ilícito a ser paga pela Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem incidir sobre o total da condenação, que engloba os danos morais, e também as parcelas vencidas da pensão, mais 12 (doze) parcelas vincendas. RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível n. 2010.024279-5, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).